

Ad uso gratuito degli studenti del Prof. Mattei nonché degli utenti del forum "Attimo Fuggente". Si consiglia agli studenti, di verificare sempre il contenuto e di non fare completo affidamento su questo materiale, il quale NON SOSTITUISCE i testi d'esame. Si declina ogni responsabilità.

CAPITOLO PRIMO SVILUPPI ISTITUZIONALI DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ

1. *Premesse metodologiche.*

Il diritto di proprietà si colloca al centro dell'evoluzione istituzionale di tutti i diritti moderni.

Data questa posizione centrale e data soprattutto l'estrema variabilità storica e geografica dell'istituto, non converrà cercare di offrirne una definizione precisa. Essa non potrebbe sperare di andar oltre un livello meramente declamatorio, irrimediabilmente parrocchiale, privo di qualsiasi speranza di insegnarci qualcosa sulla struttura dell'istituto.

È importante riuscire tracciare un'opzione storica dell'istituto della proprietà all'interno della tradizione giuridica occidentale.

E' certamente la ricchezza delle conoscenze storiche diffuse, non soltanto in materia di proprietà, ma anche di metodo, può essere sufficiente a farci evitare di cullare nostalgie per metodologie civilistiche ormai superate.

Ed ancora, soltanto una consapevolezza storica e comparativa vera, ancorché limitata alle grandi linee, può consentirci di evitare la ricezione più acritica di modelli economici stilizzati, inidonei ad orientare il giurista nella selva proprietaria.

Naturalmente, la ricerca storica non può e non deve illuderci di poter trovare modelli pre-confezionati per la soluzione dei problemi civilistici che incontriamo. Siamo chiamati ad elaborarne da soli di nuovi, rispondenti alle moderne esigenze di una mutata economia e di una mutata società e possiamo farlo soltanto partecipando ad una comunità scientifica internazionale, in cui i giuristi possano far tesoro degli apporti di molti altri studiosi di discipline diverse.

Da ciò seguono alcuni assunti metodologici.

1. Le regole istituzionali per l'allocazione e la conformazione di diritti di proprietà si sviluppano solo se ciò sia meno costoso rispetto alla privatizzazione della tutela proprietaria.
2. Le regole proprietarie si sviluppano sempre in relazione a strutture gerarchiche. Infatti mercato e gerarchia costituiscono le due istituzioni alternative che presiedono ad ogni processo produttivo: la gerarchia a presiedere organizzazione interna all'impresa, mentre il contratto costituisce lo strumento di governo delle relazioni esterne che si svolgono sul mercato. La proprietà, come istituzione, sembra collocarsi in posizione mediana tra queste due grandi alternative istituzionali. Essa svolge infatti un ruolo tanto nell'organizzazione interna dell'impresa (l'imprenditore può essere visto come proprietario ed in questo senso si legittimano i suoi poteri gerarchici sull'organizzazione), quanto nella rilevanza esterna dei rapporti contrattuali (l'attività contrattuale si sostanzia spesso in trasferimenti di proprietà opponibili ai terzi). Per esempio, una organizzazione volta alla produzione di sedie impagiate sceglierà la meno costosa fra le seguenti possibilità:
 - a) utilizzare un fondo boschivo sufficientemente grande da produrre legname e paglia e poi utilizzare la gerarchia per le necessarie trasformazioni;
 - b) acquistare legname e paglia sul mercato e poi utilizzare la gerarchia per il solo assemblaggio delle sedie. In questi due diversi casi il diritto di proprietà gioca un ruolo differente.

Nell'ipotesi *a*), infatti, esso può sorgere come diritto di proprietà sulle sedie, a compimento di un intero processo in cui si affianca al contratto in vista dell'immissione delle sedie sul mercato. Nell'ipotesi *b*), invece, esso è categoria ordinante alternativa rispetto alla gerarchia, in quanto la sua presenza esclude la gerarchia dalla fase dell'organizzazione produttiva cui essa presiede.

3. La valenza costituzionale della proprietà privata si esaurisce interamente sul piano analitico. La proprietà privata rimane interamente soggetta ad una complessa dinamica politica fra

attori istituzionali, sicché le costituzioni si collocano ad un livello semantico incompatibile con l'effettività nella società complessa.

Il contenuto normativo della costituzione proprietaria (e più in generale della costituzione economica) può offrire soltanto una giustificazione a posteriori della risultante di tali dinamiche, o tutt'al più una tecnica argomentativa utilizzabile da ciascun attore istituzionale per rivendicare il proprio potere politico.

In conseguenza delle nostre premesse metodologiche, nella presente opera il criterio guida non verrà cercato nel fraseggio di alcun documento autoritativo, ma, viceversa, in un tentativo di comprendere i fondamenti e le funzioni dei vari istituti, attraverso l'utilizzo di dati extratestuali indispensabili per orientare qualsiasi programma scientifico.

2. *Fondamenti teorici.*

A che cosa serve il diritto di proprietà? La risposta varia a seconda dei presupposti ideologici dell'interpellato.

Per il giurista, la nozione di proprietà ha (diversi) significati tecnici, variabili fra tradizione e tradizione, mentre per una gran parte delle altre scienze sociali la nozione è tendenzialmente univoca e cosmopolita.

Le diversità rilevanti per il giurista, peraltro, sono racchiuse principalmente nella forma tecnica, attraverso cui il diritto si fa carico di determinate esigenze e cerca di risolvere specifici problemi, ingenerati dalla scarsità delle risorse desiderabili e dalla competizione per il loro controllo nell'ambito di una società organizzata. Il problema della funzione del diritto di proprietà privata come istituzione sociale si colloca, quindi, a valle di tali diversità tecnico-giuridiche. Si pone al livello della risposta istituzionale a problemi sociali comuni ad ogni comunità organizzata.

1. Per la visione marxista e anarchica → La funzione della società è la formalizzazione dei rapporti di forza tra le classi sociali. Secondo questo approccio la funzione della proprietà sarebbe quella di garantire e formalizzare giuridicamente a basso costo la divisione fra classi sociali. Sul piano tecnico, il diritto di proprietà ha come caratteristica strutturale fondamentale quella di consentire al suo titolare di capitalizzare il profitto residuo di ogni investimento, così ogni mutare delle circostanze, facendo proprio tutto quel che resta dopo il pagamento di obbligazioni specificamente contratte. Quest'istituto è il principale protagonista dello sfruttamento dell'alienazione della forza lavoro dei non possidentes, perché crea un'allocatione residuale del surplus cooperativo, sbilanciato a favore del suo titolare.
2. Concezione liberale → la proprietà serve a garantire la corrispondenza fra gli investimenti ed il rischio ed il ritorno degli stessi. Quindi la funzione del diritto di proprietà consiste nel creare incentivi per massimizzare gli investimenti produttivi, con un beneficio sociale derivante dalla messa in valore delle risorse produttive. Es: il coltivatore investe tempo, denaro e lavoro per la coltivazione di un fondo, soltanto sapendo che il raccolto gli apparterrà e che l'ordinamento giuridico lo tutela se qualcuno gli porta via il suo raccolto.

Questi due approcci ideologicamente contrastanti consegnano al giurista una chiave di lettura dell'istituto univoca: ***il diritto di proprietà serve a fondare strutturalmente un mercato***. Esso è il sistema istituzionale più semplice ed economico per garantire il funzionamento di un mercato. Dalla conformazione giuridica del diritto di proprietà dipenderanno poi le caratteristiche desiderabili o meno di tale mercato. Dagli oggetti su cui il diritto di proprietà è ammesso deriveranno invece l'estensione del mercato e l'atteggiamento culturale nei confronti dello stesso. In altre parole, tale mercato potrà essere libero o monopolistico, in virtù della capacità delle istituzioni giuridiche (il diritto di proprietà in primis) di canalizzare nell'interesse di tutti l'attività di ciascuno.

I due approcci mettono in evidenza una caratteristica fondamentale della proprietà: il diritto di proprietà è limitato nella sua durata solo dalle caratteristiche tecniche e fisiche di beni che nessun oggetto. Ciò consente di riprodurre la divisione in classi sociali trasmettendo tra queste la ricchezza. Inoltre questa caratteristica stimola la partecipazione dei protagonisti del mercato all'attività di investimento.

3. *Tragedie e dilemmi.*

Negli Stati Uniti (e anche in Italia) viene spiegata la funzione fondamentale della proprietà attraverso una parabola nota come la **tragedia dei comuni**. Questa storia viene utilizzata per dimostrare la necessità della proprietà privata, anche se essa altro non dimostra che la necessità di qualche forma di regolamentazione restrittiva dell'utilizzo di risorse scarse (cioè mostra la necessità di regolamentazione dei comportamenti opportunistici dei consociati attraverso sistema istituzionale).

Intorno ad un lago vivono tre comunità di pescatori:

Se il lago produce sufficiente pesce per sfamare le tre comunità → l'equilibrio è efficiente perché le tre comunità vivono sulle rendite da capitale senza intaccare il capitale medesimo.

Se la domanda di pesce e improvvisamente cresce (ad es: per mutate abitudini alimentari di una città vicina) → aumenta il prezzo del pesce e ciò produce un incentivo allo sviluppo di nuove tecnologie per la pesca intensiva da parte di una delle comunità. L'equilibrio è mutato il capitale ittico inizia a decrescere. Ne segue un incentivo allo sviluppo di altre tecnologie ancor più distruttive in capo alle altre comunità che vogliono sopravvivere.

Se le comunità non trovano un accordo fra loro (es: un trattato che vieta la pesca con le bombe), il pesce scomparirà e le comunità moriranno di fame → perché senza un accordo istituzionale, le comunità non avranno alcun incentivo ad auto limitarsi nella pesca, perché prive delle garanzie che le altre farebbero altrettanto (cioè ogni comunità è in grado di lucrare l'intero beneficio della pesca massiccia, sopportando solo un terzo del costo). Quindi la tragedia diviene inevitabile in assenza di una disciplina istituzionale che riporti il costo privato (quello di ciascuna comunità) in linea con il costo sociale (quello di tutte le comunità).

La parabola può essere utilizzato per spiegare molte regole civilistiche in materia di proprietà: Quelle volte a garantire il potere di esclusione del proprietario e l'allocazione adesso del potere decisionale sulle risorse scarse, che costituiscono l'oggetto della sua proprietà.

Tragedia degli anticomuni → è una nozione speculare alla tragedia dei comuni, in quanto si è osservato che anche il potere di escludere può avere effetti tragici.

Tale nozione muove dall'idea per cui potere proprietario di esclusione presenta le caratteristiche di un veto, nei confronti di tutti gli altri consociati. Se su uno stesso bene sussistono più poteri proprietari di esclusione potranno verificarsi ipotesi di veti incrociati, che determinano lo sfruttamento subottimale della risorsa.

Mentre la tragedia dei comuni si verifica perché è un numero eccessivo di individui hanno libero accesso alla risorsa, quella degli anticomuni si verifica perché poteva capitare di esclusione sono allocati ad un numero eccessivo di individui.

Es: I casali diroccati nelle nostre campagne a causa delle difficoltà incontrate nel nostro diritto successorio a farsi carico della tragedia degli anticomuni.

Molte regole civilistiche, non spiegabili come risposte istituzionali alla tragedia dei comuni, sono comprensibili viceversa come risposte al rischio della tragedia degli anticomuni. In particolare, tutte quelle regole, come per esempio il numero chiuso dei diritti reali, che cercano di limitare la frammentazione non coordinata gerarchicamente dei poteri proprietari.

Una regola chiaramente informata al tentativo di evitare gli anticomuni è quella che consente ai comunisti di chiedere lo scioglimento della comunione. È stata così ipotizzata l'esistenza di un vero e proprio principio fondamentale, volto a tracciare i confini dell'esclusiva proprietaria, al fine di contemperare i benefici del libero accesso al bene con la necessità di evitare la tragedia dei comuni.

Le regole relative alla proprietà si collocherebbero fra le due tragedie. Tanto la tragedia dei comuni, quanto quella degli anticomuni hanno portata teorica generale e non sono circoscritte alle ipotesi di organizzazione proprietaria immobiliare, ma tematiche in materia di proprietà intellettuale e proprietà sulle nuove tecnologie possono essere spiegate da questi paradigmi. Per esempio, la brevettabilità della ricerca di base è sconsigliata dai rischi di anticomuni, potenzialmente deleteri per l'innovazione. D'altra parte, la competizione al ribasso nell'offerta di accesso alla rete Internet

già provoca problemi e ritardi, spiegabili con la metafora dei comuni.

Il «**Dilemma del Prigioniero**», è un altro strumento euristico dalle notevoli potenzialità applicative nel campo del diritto civile, consegna allo studioso della proprietà un altro importante strumento, utilizzabile nel dirimere la fondamentale questione, circa la natura dispositiva, ovvero imperativa delle regole proprietarie.

Due individui, sospettati di aver commesso un reato, vengono rinchiusi in due diverse celle (la cella corrisponde ad una proprietà) e non possono comunicare. I prigionieri vengono posti di fronte all'alternativa se rendere, o meno, una confessione nell'ambito delle seguenti regole del gioco:

- Se entrambi tacciono, vengono assolti
- se entrambi confessano, dovranno scontare cinque anni
- se uno tace e l'altro confessa, quello che tace dovrà scontare 10 anni e chi confessa andrà assolto

A queste condizioni e data l'impossibilità di comunicare i prigionieri saranno spinti entrambi alla confessione, perché nessuno dei due vorrà correre il rischio di tacere, in mancanza della certezza che l'altra faccia altrettanto → per cui ciascuno dovrà scontare cinque anni di prigione.

Se la comunicazione fosse possibile, le parti non confesserebbe no e andrebbero entrambe assolte.

Quindi: in assenza di comunicazione e in assenza della possibilità di negoziare una strategia comportamentale, le parti pongono in essere un comportamento subottimale.

Risulta agevole trapiantare l'esempio al contesto proprietario. Siano i due prigionieri proprietari limitrofi, se l'esempio vuole essere utilizzato nell'ambito del godimento fondiario, o individui che intrattengono trattative nell'ambito di una compravendita, qualora il dilemma voglia essere utilizzato nell'ambito del trasferimento.

La natura imperativa delle norme proprietarie costituisca una situazione di incentivi, analoghi a quelli che determinano la scelta dei reclusi. I proprietari non possono accordarsi per cambiare le regole e, quindi, la loro comunicazione risulta in ogni caso frustrata dal regime imperativo.

La natura dispositiva corrisponde alla possibilità di negoziare strategie comportamentali. Esattamente come nell'ipotesi del dilemma del prigioniero (dove la collettività può avere interesse a mantenere reclusi i due individui), nell'ottica aggregata dei due proprietari, le regole dispositive daranno risultati preferibili rispetto a quelle imperative, mentre, nell'ottica sociale complessiva, l'imperatività potrebbe essere preferibile.

Accordandosi in deroga ad una regolamentazione, che prescrive determinate distanze e caratteristiche strutturali delle recinzioni, i proprietari limitrofi potrebbero, ad esempio, costruire una struttura di separazione fra le due proprietà, estremamente efficace e desiderabile per entrambi, ma esteticamente ripugnante per gli altri abitanti della zona.

Non è da escludere che la collettività possa avere interesse a limitare il potere di disposizione, (la comunicazione efficace fra le parti), imponendo regole imperative e riproducendo così una struttura di incentivi simile a quella immaginata dal dilemma del prigioniero.

In generale, quanto più la collettività abbia interesse a limitare il valore della proprietà privata, (si risolva, cioè, la tensione di fondo fra proprietà privata e democrazia rappresentativa, a favore della seconda) le regole imperative sono da favorirsi.

In altre parole, laddove la tragedia dei comuni ci mostra la necessità di regolamentazione dei comportamenti opportunistici dei consociati, attraverso un sistema istituzionale (la proprietà privata è certamente uno di quelli storicamente più collaudati), il dilemma del prigioniero indica come la struttura di tale assetto sia a sua volta altamente rilevante. Da un lato, un assetto proprietario immutabile risulta inadatto a registrare il mutamento delle circostanze esterne (e più in generale a riflettere i desideri paganti dei consociati) e ciò dovrebbe spingere a valorizzare la libertà nella creazione degli assetti proprietari, favorendo l'accordo, lo scambio e la comunicazione, al fine di evitare il dilemma del prigioniero.

Di fronte a questa alternativa teorica, sarebbe ingenuo ritenere che esista una formula magica capace di risolvere la tensione una volta per tutte. Evidentemente, le risposte variano con il variare dei criteri di valutazione, delle circostanze storiche, dei settori coinvolti e, in generale, della dinamica politica. Ma una simile modellistica teorica restituisce all'interprete una consapevolezza analitica di base, troppo spesso persa di vista nella nostra scienza giuridica.

4. *Risposte istituzionali complesse.*

La storia del diritto di proprietà, in occidente, può essere narrata con a mente queste premesse teoriche e queste tensioni di fondo. Percorrerne le grandi linee ci consente di convivere con la perplessità e la variabilità delle soluzioni, che si sono concretamente verificate. Consente soprattutto di evitare prese di posizione ideologiche, volte a sacralizzare o demonizzare il nostro istituto.

Per esempio, risulta agevole riconoscere e favorire (insieme alla maggior parte dei moderni progetti di riforma agraria), l'esclusiva proprietaria, ai limitati fini dello sfruttamento materiale della terra. Assai più problematico tenendo a mente tragedie e dilemmi, risulta consentire la disposizione ai taluno soltanto degli attributi della proprietà, formalizzando un assetto proprietario più complesso, in modo tendenzialmente stabile e non legato alle vicende dei particolari individui, che in quel particolare momento storico si trovino nella possibilità di disporre consensualmente del bene.

Il sistema feudale, con la sua formalizzazione di una moltitudine di situazioni proprietarie insistenti sullo stesso bene, mostra, più di qualsiasi discussione concettuale, tale tensione. Storicamente, i sistemi occidentali si sono divisi sulla tollerabilità di situazioni reali, limitate a talune delle utilità ottenibili da un fondo.

Laddove il common law l'ha ammessa (ma la *mie against perpetuities* cercava comunque di evitare la manomorta) i sistemi di civil law, specialmente quelli ispirati al modello francese, hanno reagito vigorosamente contro tale possibilità, liberandosi del fedecommesso e sacralizzando l'indivisibilità proprietaria ed il numero chiuso dei diritti reali.

L'utilizzo del rapporto reale, rispetto con l'obbligatorio, ha il vantaggio di consentire una pianificazione della ricchezza opponibile erga omnes e garantita contro l'insolvenza dell'obbligato, ma presente il limite di moltiplicare nel tempo nello spazio di soggetti il cui consenso risulta necessario per modificare l'assetto pianificato.

È, infatti, evidente che il principio dell'elasticità del dominio, secondo cui la proprietà tende a ricompattarsi in capo ad un soggetto con l'estinguersi delle situazioni soggettive cadette che su di essa insistano, facilita la comunicazione «fra i prigionieri» (proprietari), riducendo il numero di essi e, quindi, i costi transattivi dell'accordo. Di qui, la necessità per il sistema giuridico di contemperare queste opposte spinte, entrambe sostenute da necessità di efficienza.

La proprietà insiste oggi su ricchezze, il cui efficiente utilizzo non richiede soltanto la garanzia dell'esclusività dello sfruttamento (cosa sufficiente per la terra), ma richiede una struttura istituzionale, capace di supportare la continua circolazione sul mercato che tali forme di proprietà «dematerializzata» richiedono.

Si pensi alla proprietà sulla tecnologia rapidamente obsoleta, sul know how di un'impresa, o su un pacchetto di azioni. Risulta qui evidente che, laddove i problemi di fondo (tragedy of the commons e dilemma del prigioniero), che richiedono e conformano l'istituzione proprietà sono i medesimi, la struttura giuridica di riferimento e la stessa tassonomia mutano da ordinamento ad ordinamento e possono portare assai lontano dall'ambito proprietario.

Proprio perché il diritto di proprietà si trova oggi di fronte a nuove e cruciali sfide, è necessario inserire il diritto italiano, in un quadro di riferimento istituzionale e culturale più ampio possibile, facendo pieno tesoro della sua appartenenza alla Tradizione Giuridica Occidentale, al fine di evitare la «riscoverta della ruota» o altri peccati di provincialismo.

A) modello di civil law:

Nell'Europa del rinascimento giuridico (dall'XI sec), laddove la consuetudine era certamente la più significativa fonte di regole per l'utilizzo delle risorse scarse, e laddove il sistema politico e quello giuridico-proprietario risultavano connessi in modo inestricabile (si pensi all'organizzazione feudale

dei rapporti fondiari), si sono poste le basi per lo sviluppo di un modello dottrinale di governo degli aspetti tecnici della proprietà privata.

Qui da subito, la proprietà privata trovò nel diritto delle obbligazioni un potente rivale. I giuristi continentali raccolti nelle emergenti Università, si mostrarono maggiormente proclivi a sviluppare una teorica generale delle obbligazioni, piuttosto che le potenzialità della proprietà privata, percepita sul modello del dominium romanista, e quindi sostanzialmente fonte di potere e di autorità, piuttosto che limite all'utilizzo illimitato delle risorse scarse.

Di conseguenza, furono le obbligazioni e non la proprietà a conquistare fin da subito il primato.

Del resto il feudalesimo, una volta accantonato come modello di organizzazione politica dall'emergere dello Stato moderno, non è riuscito a lasciare alcuna traccia sulla struttura e sulla tassonomia della proprietà romanista; mentre fu proprio l'allodio - una fra le forme giuridiche di appartenenza pre-moderne quantitativamente meno significanti - a conquistare il ruolo archetipico di erede del dominium romano.

Ciò può spiegare la ragione per la quale la Rivoluzione Francese sia stata singolarmente efficace nel dare contenuto e struttura alla sua crociata antif feudale. Certo, come in ogni altro ambito del diritto privato, la vischiosità della tradizione pre-rivoluzionaria fu tutt'altro che assente e gli elementi di continuità certo non mancano.

Nondimeno, lo scarso radicamento del diritto di proprietà rispetto alle obbligazioni nel mondo della teoria tecnico-giuridica, e quindi nella struttura più prestigiosa del diritto formale, consentirono ampi spazi di manovra innovativa nel libro secondo del Code Civil.

Il momento della rottura con la tradizione precedente (il ed. Ancien Regime) esplica in negativo diversi caratteri della proprietà della tradizione civilistica, che vedremo assenti nel mondo di common law.

Il modello feudale era il mondo del pluralismo degli interessi a natura proprietaria, insistenti sulle risorse. Su uno stesso bene potevano esercitarsi più diritti proprietari.

Dato un simile assetto, il legame fra il diritto ed il bene materiale diventava necessariamente più labile, perché l'aspetto giuridico rilevante non era tanto il godimento immediato, che rimaneva nel mondo dei fatti, quanto la trasferibilità mortis causa e l'opponibilità erga omnes delle posizioni di potere, derivanti dall'infedazione.

La rivoluzione lascia così un duplice legato: in primo luogo viene posto al centro il momento del godimento materiale del bene e del possesso.

In qualche misura, la proprietà altamente formalizzata, smembrata ed astratta sviluppata dalla struttura feudale regredisce ad uno stadio più semplice e primitivo, coincidente con il controllo occupativo materiale in capo ad un solo individuo. Tale legame con il bene (e quindi con il possesso materiale di una cosa tangibile) rimane centrale nella tassonomia civilistica della proprietà, facendo trionfare l'idea di controllo fisico del bene.

Ciò risulta vero al di là della summa divisio teorica di definizioni incentrate al rapporto fra individuo ed oggetto materiale (c.d. tradizione germanistica) e definizioni incentrate sul potere di escludere tutti gli altri (tradizione romanistica). Il legame strutturale fra diritto e bene è accolto in pieno e reso del tutto esplicito dal BGB tedesco (par 80), ma questa struttura tutto sommato rozza e primitiva, adatta ad una organizzazione sociale, con al centro il raccoglitore - cacciatore ed il suo modello di utilizzo "one shot" delle risorse, può ritenersi responsabile della particolare asfissia della struttura civilistica della proprietà privata rispetto al diritto delle obbligazioni nell'ambito dell'intero mondo di civil law.

Lo sfavore per la divisione dei diritti proprietari (considerata per l'appunto un lascito del feudalesimo) portò al sorgere di quella teoria del numero chiuso dei diritti reali, che tanti problemi crea ancor oggi, per esempio in materia di trust. Stando a questa teorica, come noto, gli interessi proprietari, qualora divisi ed assegnati in capo a diversi individui, debbono essere ricondotti ad alcuni tipi ben definiti.

Sebbene la teoria del numero chiuso sia stata maggiormente il prodotto del folklore e dell'ideologia della Rivoluzione francese, piuttosto che il frutto di una ratio ben articolata (che altrimenti si

sarebbe fatto tesoro di un patrimonio di elaborazione tecnica non indifferente), essa ha goduto di enorme successo ed ha attecchito ovunque nel mondo di civil law.

Correlativamente, secondo la scuola illuministica, razionalistica e naturalistica, la limitazione del potere assoluto dello Stato veniva considerata la base istituzionale fondamentale di una società civile. Libertà contrattuale, proporzionalità della pena e sacralità della proprietà privata costituiscono i baluardi di questo programma politico illuminato. D'altra parte, la declamata libertà proprietaria può interpretarsi come un contentino offerto dallo Stato onnipotente ai suoi sudditi possidenti.

Il riconoscimento e la tutela di diritti individuali, nei confronti di tutti gli altri soggetti, era perciò visto come condizione necessaria per qualsiasi società politicamente organizzata. L'individuo ha un diritto di controllo esclusivo sul suo corpo, sulla sua capacità produttiva e sui frutti di questa.

Ne consegue che l'enfasi declamatoria dei giuristi romanisti nel descrivere la posizione di dominio del proprietario sui beni non ha uguali nel mondo di common law, nonostante la nota e sempre citata definizione del Blackstone. Per molti anni in Francia e nella grande quantità degli ordinamenti tributari della sua tradizione, la tensione fra definizioni dei poteri proprietari offerte in termini enfatici, e regole operazionali, confliggenti ad ogni livello di formante, non creò particolari problemi.

Il grande mutamento filosofico successivo al razionalismo, quello legato all'idealismo tedesco che dominò il secolo scorso, non mutò certo i termini del dibattito. La centralità del momento volitivo si riflette nella nuova teoria della proprietà privata come paradigma del diritto soggettivo assoluto e ad una volontà per sua natura libera continuano ad accompagnarsi poteri e non obblighi. Si prenda la definizione di Savigny, secondo cui la proprietà consiste nell'«illimitato ed esclusivo dominio di una persona sopra una cosa» sulla quale «la volontà può operare ed estendere il suo dominio».

A mutare la prospettiva nel mondo di civil law non furono, perciò, le esigenze pratiche, cui tale rozza teoria della proprietà non poteva essere in grado di offrire modelli e soluzioni.

A mutare almeno in parte la prospettiva furono ancora una volta osservazioni politico-filosofiche che si svilupparono nel dibattito europeo d'inizio secolo. In Francia Jossierand ed i giuristi inquieti, in Germania Gierke ed i sociologi, epigoni della giurisprudenza degli interessi, ed in Italia la ed. concezione fascista della proprietà, finirono per andare tutte nella medesima direzione.

Lo Stato fu mantenuto al centro della scena, secondo quello che già era l'insegnamento Hegeliano, e la proprietà privata, individuale ed egoistica, tendenzialmente contrapposta all'utilità pubblica (rappresentata dallo Stato) non venne ridisegnata strutturalmente, ma semplicemente limitata dall'esterno, a presunto vantaggio della collettività.

Tale evoluzione finì per riportare ancora una volta il fuoco del discorso al modello Costituzionale, e in particolare alla Costituzione economica. Non è infatti un caso che le Carte Costituzionali, da Weimar in avanti, contengano articoli in qualche misura polemicamente verso la proprietà privata, concepita come diritto fondamentale. Paradossalmente, lo sforzo di limitarla, di funzionalizzarla, di circoscriverla e di porla in sintonia con l'utilità sociale conferma il critico-tipo naturalistico, in una visione del diritto positivo strenuamente impegnato nella battaglia contro una proprietà privata egoistica, restia a farsi controllare e domare, in modo da non essere socialmente nociva.

Il trionfo dello Stato, per natura al servizio dell'interesse collettivo, non poteva che offrire il diritto pubblico come modello istituzionale, deputato al controllo e, quando necessario, alla repressione del dominio. Sicché, la proprietà civilistica perse un'altra occasione di essere ripensata ed adattata a gestire la complessità.

Ovviamente, lo sviluppo del diritto pubblico pose un cuneo non solo fra lo studio civilistico e quello pubblicistico della proprietà, ma anche fra la concezione continentale e quella di common law.

La confusione della sostanza sociologica del problema con la sua forma giuridica è, peraltro, oggi evidente. La resistenza di una gran parte della riflessione giuridica, filosofica e sociologica contemporanea ad utilizzare la proprietà privata, anche soltanto come un mezzo analitico delle complesse tematiche giuridiche inerenti ai nuovi beni, mi pare un costoso lascito di quell'originale atteggiamento.

b) nel common law:

La law of property fra tutte le branche del common law è quella che ha mantenuto i caratteri più nettamente propri, rispetto ai sistemi romanisti. Questa summa divisio pone un cuneo nell'ambito della tradizione giuridica occidentale, tanto profondo da rendere impossibile parlare di proprietà in senso tecnico-giuridico.

Intorno alla law of property, il common law ha sviluppato i suoi tratti profondi durante il periodo feudale: I rapporti fondiari esaurivano la quasi totalità dei rapporti fra privati e dell'organizzazione istituzionale politica dell'Inghilterra; sicché la proprietà risultava dominante sul contratto e occupava un ampio spazio nello sviluppo di uno Stato moderno (che nel continente occupava la gerarchia).

La fine del feudalesimo non ha coinciso con una revisione delle strutture giuridiche che i common lawyers avevano costruito intorno al rapporto di feudal tenure; tutt'al contrario, seguendo un modello consueto nello sviluppo del diritto inglese, a tale radicata struttura fu attaccata l'appendice dell'equity, che proprio in materia proprietaria, fa sentire più forte il proprio legato anche nel diritto moderno.

Gli istituti della law of property inglese hanno maturato la loro fisionomia moderna in un momento assai antico e di molto precedente al nascere della stessa idea di rapporto contrattuale → Ciò ha come conseguenza il fatto che un gran numero di rapporti negoziali che nel civil law si occupa il diritto del obbligazioni, nel common law se ne occupa la law of property. Per cui anche quando in Inghilterra si sviluppò la law of contract, molti interessi restarono nell'ambito della law of property.

Il trust è il più eclatante esempio di un istituto sorto nelle peculiarissime condizioni della law of property inglese, che ha saputo imporsi all'attenzione dei civil lawyers moderni, proprio a causa della natura proprietaria che tale istituto estende agli interessi che tutela.

Ma non è solo l'istituto del trust a mostrarci che la law of property anglo-americana si estende ben oltre i confini del nostro diritto dei beni. Property, infatti, nella terminologia giuridica inglese, ricopre l'intera nostra nozione di patrimonio. Sono perciò property una larga varietà di istituti che nel diritto romanista non si sono sviluppati nell'ambito dei rapporti reali: una polizza di assicurazione, un pacchetto azionario, un contratto di locazione, ecc.

Naturalmente, di tutti questi istituti non si cura il civilista continentale, nell'ambito di un volume sulla proprietà. Meritava però notare come le esigenze tecniche di gestione di quel genere di rapporti siano ben diverse da quelle di cui si occupa il diritto di proprietà in civil law. Di conseguenza, non solo una branca del diritto largamente informata a gestirli non può che essere fondamentalmente diversa da una che si occupa di tutt'altro, ma diversa risulta necessariamente la stessa categoria ordinante fondamentale: proprietà.

La property di common law è organizzata su una summa divisio tecnica, quella fra real property e personal property; tale divisione ha carattere storico e deriva dal differente rimedio esperibile, a tutela dell'uno o dell'altro tipo di property.

Non è affatto necessario, perciò, che un'azione classificata real in common law sia allo stesso modo classificabile nella nostra tradizione. In altre parole, non solo la nozione di proprietà, ma anche quella di realtà hanno connotazioni diverse ai due lati della Manica.

In questo quadro si inserisce la distinzione fra real property e personal property:

- la real property è tutelabile attraverso una real action → è diversa dalla nostra azione reale perché qui la real action mira al recupero del bene
- la personal property è tutelabile solamente mediante una personal action → Dove con quest'ultima è possibile ottenere solo il risarcimento del danno

Questa distinzione, in origine assai netta, è resa oscura e sfumata da due fattori: in primo luogo, storicamente si potevano tutelare attraverso real actions interessi di tipo fondiario. Quando il Law of Property Act inglese del 1925 uniformò in parte il regime giuridico di real property e personal property, obliterando la distinzione rimediale che fondava la bipartizione, alcuni autori inglesi fecero coincidere la distinzione in parola con quella fra proprietà immobiliare e proprietà mobiliare,

assumendo un atteggiamento del tutto simile a quello dei giuristi romanisti.

Interessante è notare come il carattere diverso delle problematiche eco-nomico-giuridiche, sottese alla terra rispetto agli altri elementi del patrimonio, si sia nettamente imposto nel corso dell'evoluzione «spontanea» delle regole di common law. La real property e la personal property sono due aspetti così distinti della law of property da aver maturato un'autonoma fisionomia scientifica, fatta non soltanto di regole, ma perfino di istituti diversi.

È curioso, peraltro, che quello stesso sforzo di riduzione ad unità della tematica proprietaria, che fu perseguito dal codificatore francese e che si è diffuso a macchia d'olio per tutta la common law tradition, abbia sedotto anche il legislatore inglese del Law of Property Act del 1925. Negli Stati Uniti, peraltro, ciò non è avvenuto, con il risultato paradossale che anche in questo campo il diritto americano ha conservato maggiormente la fisionomia del common law feudale.

La real property è organizzata intorno alla nozione di *estate*. Tale terminologia inserisce a sua volta difficoltà linguistiche non trascurabili, perché estate significa, in linguaggio non tecnico-giuridico, qualcosa di molto simile alla nostra nozione giuridica di patrimonio. In senso tecnico, tuttavia, la nozione di estate è comprensibile soltanto all'interno dell'evoluzione storica del rapporto feudale, che legava il signore (lord) al suo vassallo (tenant).

Nella teoria feudale, tutta la terra apparteneva al Re: egli infeudava i signori locali, che divenivano tenants in chief; questi, a loro volta, potevano infeudare altri tenants; rispetto a questi, i tenants in chief erano Lords, e gli infeudati tenants e il rapporto fra Lord e tenant era noto come rapporto di *free tenure*.

Ciascun free tenure poteva avere caratteristiche e contenuto diverso: il lord doveva concedere al tenant l'uso della terra, mentre obbligazioni del tenant avevano natura variabile (es: obbligo di conferire cavalieri soldati per l'esercito; recitare delle funzioni religiose; pagare una somma di denaro) → questi diversi contenuti del rapporto sociale erano noti come *incidents of tenure*. Alcuni incidents erano costanti per ogni tipo di tenure → più importante tra questi era l'esheat, cioè il ritorno della terra al Lord alla morte del tenant o all'esaurirsi di una determinata linea successoria o in caso di fellonia.

La durata dell'incident era definita dal tipo di estate che l'infeudazione creava in capo al tenant. I principali estates erano: life estate (si esauriva alla morte del tenant), estate in fee simple (si trasferiva agli eredi del tenant) ed estate in fee tail (legato a una determinata specifica linea successoria).

Il fatto di conservare l'esheat (e altri diritti, tipo la wardianship, o il marriage, in caso di morte del tenant che lascia un figlio minore) faceva sì che il Lord a sua volta conservasse un estate, noto come *reversion* → si trattava di un estate che non dava luogo ad una relazione possessoria con il fondo; per questo la reversion è classificata come estate in interest, ed è contrapposta agli estates più sopra brevemente descritti, che sono detti in possession.

Qualora il Lord desiderasse disporre pure della reversion, trasferendola in capo ad un terzo, si creava un rapporto noto come *remainder*; questo a sua volta un estate in interest, destinato a divenire estate in possession soltanto al verificarsi delle condizioni che avrebbero dato luogo all'esheat, se il Lord non avesse trasferito la propria reversion.

È tramite i remainders e i conveyancers (cioè quei property lawyers che si occupano dei deeds, gli strumenti di trasferimento della real property) che furono in grado di pianificare interessi molto diversi e gestire esigenze negoziali complesse.

Questa origine feudale remota non è priva di impatti anche sulla law of property moderna, che l'equity ha saputo rendere più elastica e funzionale. Ancor oggi, per esempio, il trasferimento della real property si compie attraverso un atto unilaterale formale solenne (il deed)⁷⁵: il contract non ha alcun effetto reale. Il Law of Property Act inglese del 1925 ha ridotto gli estates at law ammissibili sulla land (soltanto il term of years absolute e il fee simple absolute sono ammessi). Ma l'equity fa sopravvivere anche in seno alla law of property inglese possibilità pianificatorie assai più complesse.

Accanto questa subtradizione feudale, sono state enucleate nel common law altre sub-tradizioni.

Infatti il Lord poteva anche subinfeudare la terra dandole in coltivazione dei contadini; quest'altra proprietà (unfree tenure) si è sviluppata fuori dagli schemi feudali della real property.

Oggi il freehold convive con il nonfreehold, o leasehold (col quale pure la copyhold non va confusa); il leasehold è il moderno rapporto che lega un landlord con un tenant. Quello che nella nostra tradizione è un rapporto obbligatorio di locazione, nel common law è una branca importante della law of property.

A sua volta, la personal property comprende diverse categorie di beni giuridici, che a loro volta fondano diverse sottocategorie. In quest'ambito, la summa divisio è fra choses in possession (ono i beni mobili suscettibili di controllo e godimento fisio) e choses in action (hanno per noi civil lawyers natura di credito o di documento rappresentativo, come un contocorrente bancario, una polizza assicurativa, ecc. ecc).

Accanto al modello tecnico feudale su cui ci siamo intrattenuti, la locuzione property viene utilizzata all'interno della tradizione costituzionale (importante principalmente negli Stati Uniti), attraverso cui la ideologia liberal-giusnaturalistica diviene diritto positivo in common law.

La proprietà, scomposta in un mazzo di poteri, doveri, facoltà, responsabilità ecc., consente la riorganizzazione del discorso giuridico, in modo da poter cogliere le varie e diverse caratteristiche che la natura di ciascun bene economico dovrebbe riflettere sulla disciplina (possibilmente razionale) del rapporto fra consociati (che si contendono le utilità e tentano di disfarsi delle disutilità provenienti dal bene).

7. *Lo sviluppo istituzionale in Italia.*

Nel funzionamento nella regolamentazione del diritto di proprietà sono coinvolti:

- Dottori → dottrina (prevalgono in civil law)
- giudici → giurisprudenza (prevalgono in common law)
- politici-legislatori → sono apparsi nella scena tardi, ma possono imporre una decisiva accelerazione al trionfo della gerarchia sul mercato. Questi sono attivi direttamente tramite delega a diverse burocrazie intermedie che possano limitare e condizionare la libertà proprietaria in modo svincolato alle esigenze del mercato, ma in base esigenza politica funziona nella gerarchia.

Quindi la proprietà è oggi descritta come il risultato di una competizione tra mercato (difesa dai dottori) e gerarchia (difesa dalla politica) nell'allocazione delle risorse scarse.

Ma spesso le regole proprietarie sono il prodotto di prassi e usanze che si sviluppano nell'ambito della vita di relazione → Ciò non riguarda solamente le consuetudini agricole in materia di proprietà fondiaria, ma anche forme di proprietà di dematerializzata e ambiti complessi (es: banche di sperma, cliniche di ovuli fecondati ecc).

Il modello italiano → appartiene alla tradizione del civil law e nella dialettica fra gerarchia mercato, prevale la prima. Qui la maggior parte delle regole e prassi riguardanti il diritto di proprietà sono frutto della politica del legislatore, in quanto dottrina e giurisprudenza non si pongono in modo antagonista rispetto alla cultura burocratica → quest'atteggiamento oggi significherebbe un prevalere del principio di maggioranza della democrazia rappresentativa sul interessi individuali dei proprietari.

In Italia al centro della scena si pone, insieme alla dottrina, il codice (prima del 1865 e poi quello del 1942).

La dottrina italiana ha conosciuto una lunga stagione caratterizzata metodologicamente dalla esegesi, protratta temporalmente oltre il modello della madrepatria, in ragione della somiglianza testuale e della data di entrata in vigore del primo Codice dell'Italia Unita rispetto a quello Francese. Oltre mezzo secolo ha separato il Codice Napoleone (1804) dal primo Codice Italiano (1865), senza che, peraltro, il libro secondo dedicato alla proprietà ricevesse alcuna revisione importante.

Il fenomeno interessante da registrare non è, quindi, tanto la mancata trasformazione del testo del Codice nel 1865 rispetto al modello di riferimento, ma, ancora una volta, è l'atteggiamento della dottrina. Infatti, mentre in Francia la scuola della esegesi ha subito, relativamente presto, vigorosi attacchi di natura antiformalista, ciò non è avvenuto in Italia, dove i giuristi verso la fine del secolo scorso hanno subito la fascinazione del modello tedesco dominante.

La dottrina italiana dominante a cavallo fra i due secoli si è sforzata di far collimare le regole di provenienza francese con una tassonomia — e soprattutto con una metodologia — di provenienza tedesca, dedicandosi all'elaborazione di super categorie ordinanti, quali quella del diritto soggettivo, dalle quali dedurre regole, tramite ragionamenti logici insofferenti di ogni eccezione. Certamente, il positivismo imperante non è stato abbandonato nel corso di questa vicenda.

Nel codice del 1942 proprietà è ridimensionata in quanto gli è dedicato un solo libro, ma essere risultata sconfitta anche qualitativamente perché il libro terzo a un livello semantico molto basso, appare burocratico e incapace di distinguere i capisaldi coordinati dai dettagli irrilevanti.

Ma comunque non mancano tentativi innovativi: come la disciplina delle immissioni.

Oggi potremmo dire che il libro della proprietà possa considerarsi nato vecchio (in quanto ancorato alla tradizione romanista), ma sarebbe ingeneroso non considerare le difficoltà dell'opera di codificazione che ha trovato nella proprietà privata l'istituto più difficilmente domabile dall'oggi comunista ed assolutista strutturale ai codici.

Infatti l'evoluzione storica mostra come un testo valga l'altro, in quanto la partita giocata ad un livello quasi interamente extra codicistico, nella legislazione speciale, nelle decisioni amministrative, nella giurisprudenza della corte costituzionale, nella dottrina.

Soltanto molto di recente, l'ideologia dello stato onnipotente ha cominciato a recedere (per lo meno nella sfera economica) restituendo spazio al mercato rispetto alla gerarchia. Ma l'elaborazione proprietaria, resa asfittica da decenni di marginalizzazione, stenta a fornire gli strumenti indispensabili per il governo della privatizzazione.

In ambiti non patrimoniali, viceversa, non è tanto la mancanza di elaborazione teorica indipendente rispetto al paradigma fondiario a rendere la proprietà difficile da utilizzare come categoria ordinante. Si tratta, piuttosto, di un rifiuto esplicito, di natura sostanzialmente politica, portato dal timore della così detta «commodificazione».

La proprietà privata, come categoria ordinante del mercato, ha pagato il salato conto politico presentato dal corporativismo in poi all'ideologia borghese della proprietà individualistica.

Sul piano dottrinario, l'evoluzione successiva al nuovo Codice può essere descritta distinguendo due filoni:

- Dottrina tradizionale: descrive le proprietà in modo asfittico con un linguaggio accessibile tecnico, su dettagli classificatorio secondi classici schemi
- dottrina attenta alle innovazioni e sensibile al dato sociologico ed economico, ma ignorata da parte della giurisprudenza. Questo filone è stato influenzato dall'entrata in vigore della costituzione e dagli interventi della corte costituzionale.

Il fraseggio ambiguo della Carta fondamentale ben si è prestato a fungere da punto d'appoggio per ricostruzioni teoriche, volte principalmente a sottrarre ampie categorie di beni al potere di decisione decentrato, tipico dell'istituto proprietario. In una gran parte dei più interessanti studi italiani sulla proprietà, si legge un atteggiamento ideologicamente contrario all'istituto.

Esiste una tendenza a confondere due piani assai diversi:

- A) quello della struttura giuridica della proprietà privata, di fondamentale importanza nell'organizzazione del discorso giuridico e soprattutto nel governo degli effetti esterni, conseguenti gli scambi di mercato;
- B) quello della distribuzione delle risorse fra i consociati, al quale l'istituto proprietario può certo prestare la forma, ma certamente senza determinare, se non in modo del tutto marginale ed incidentale, la sostanza della distribuzione stessa. Ovviamente, questa confusione di piani, che il dibattito sulla funzione sociale della proprietà di cui all'art. 42 della Costituzione mostra più di ogni altro luogo, ha coltivato e fomentato il predetto tabù, di matrice corporativa cattolica e comunista, sicché la proprietà come categoria ordinante tecnico è rimasta intrappolata nel diritto per amministratori di condominio, mediatori del mattone e notari, invece di spiegare le potenzialità che in altre esperienze giuridiche le hanno consentito di mantenere un ruolo di grande centralità nel diritto privato e nella scienza giuridica in generale.

Di recente gli studi giuridici ed economici si sono riavvicinati e la proprietà privata è stata

protagonista di questa vicenda di avvicinamento.

Anni 80/90 → La letteratura si è preoccupata di recuperare la vera funzione economica e sociale della proprietà, ossia quello di controllo dell'esternalità negative.

Un ultimo punto merita di essere menzionato. Se l'introduzione del ragionamento economico-giuridico, le privatizzazioni e l'apertura verso il modello statunitense costituiscono tutti momenti favorevoli allo sviluppo di una cultura civilistica della proprietà finalmente al passo con i tempi, altre spinte vanno nella direzione opposta e altri rischi sono all'orizzonte. Da quest'ultimo punto di vista, la scoperta tardiva del mercato, da parte di quelle stesse ideologie politiche che per anni lo avevano demonizzato, può provocare un'ubriacatura neoliberalista che, lungi dal portare ad una rimeditazione costruttiva della proprietà privata, come categoria ordinante di un mercato efficiente, può ridare fiato alle trombe ideologiche della proprietà borghese.

La dottrina italiana sia persa la dimensione europea che partecipa all'edificazione del nuovo diritto comunitario europeo → è proprio la dimensione europea che spinge alla rinascita della proprietà privata → art 295 TCE vieta diritto comunitario ogni ingerenza nel mondo della proprietà immobiliare (“ il trattato lascia in pregiudicato il diritto di proprietà esistente nei stati membri”)

8. *Universale e locale nel diritto di proprietà.*

Metter mano ad un trattato sulla proprietà nel diritto civile italiano in queste condizioni non crea pochi imbarazzi e poche difficoltà. Occorre da un lato dar conto del nostro diritto in un quadro generale, senza assumere di trovarci di fronte ad un sistema normativo chiuso ed autosufficiente.

La via che abbiamo prescelto è quella di cercare l'unitarietà nell'analisi degli incentivi, per così dire universali, che determinano i comportamenti dei soggetti istituzionali pubblici e privati (e.g. massimizzazione del benessere, tendenza ad esternalizzare i costi privati) e al contempo di far tesoro della diversità, laddove possibile, tenendo presenti quanto i diversi aggregati normativi storicamente accumulatisi possano determinare tali incentivi.

Non possiamo scordarci che la proprietà privata, in quanto istituzione del mercato che compete con la gerarchia, consegna a ciascun privato un potere istituzionale di gestire, secondo le proprie scelte individuali ed idiosincratiche, risorse, che in tal modo concorrono alla massimizzazione del benessere generale. La questione interpretativa fondamentale, in altre parole, è quella di demarcare l'ambito della decisione istituzionale individuale da quello della decisione istituzionale collettiva, capace di limitare la prima. Nel compiere razionalmente questa scelta ermeneutica di fondo (che il giurista esprime come scelta fra regole imperative e dispositive), l'interprete non può prescindere dal considerare l'assetto degli incentivi di tutti i soggetti coinvolti, sia come regolamentanti che come regolamentati.

Dal secondo punto di vista, l'accumularsi storico di regole e principi di diritto positivo, diverso da sistema a sistema, deve essere tenuto presente per diversi ordini di ragioni. Innanzitutto perché le scelte interpretative condotte risultano tanto più razionali quanto più prendano in considerazione l'assetto istituzionale su cui vengono ad incidere, l'accumularsi e lo stratificarsi giuridico locale non può essere spazzato completamente dal tratto di penna di un legislatore, o dalla teoria ardita di un dottore.

Fra due scelte percorribili, il giurista interprete fa bene a privilegiare (di regola) quelle più coerenti con la continuità e la tradizione del proprio diritto. In tempi di mutamenti radicali, come quelli imposti dall'attuale rivoluzione tecnologica, la continuità, la stabilità e la prevedibilità si confermano valore particolarmente importante in materia proprietaria e in generale legittimano il diritto professionale.

Sul piano analitico, infine, l'accumulo e la stratificazione giuridica determinano e limitano le capacità cognitive dell'interprete locale, creando interessanti fenomeni di dipendenza da routine locale, che occorre considerare nell'analizzare gli incentivi universali.

CAPITOLO III LA PROPRIETA' NEL SISTEMA DELLE FONTI

Qualsiasi organizzazione sociale è fatta di rapporti fra individui → questi non possono essere lasciate interamente liberi, se non entro certi limiti. L'istituzione giuridica proprietà privata pone limiti per un'ordinata convivenza in società.

Lo studio delle fonti della proprietà privata consiste nell'analisi di quali siano i soggetti istituzionali preposti a definire i limiti entro cui il proprietario è tutelato nelle sue scelte istituzionali.

Le risorse a disposizione degli individui sono scarse → la scarsità può derivare alla natura stessa delle cose, da problemi relativi alla raggiungibilità delle risorse, ecc.

Conseguenza della scarsità delle risorse è che non tutti i desideri materiali di ciascuno possono essere soddisfatti.

Tutti gli ordinamenti giuridici in qualunque stadio di sviluppo, hanno elaborato regole proprietarie, allo scopo di prevenire e dirimere tali conflitti.

Quindi ogni ordinamento giuridico pone delle regole proprietarie per porre dei limiti all'istinto egoistico dei consociati. Ma le regole proprietarie prescindano dall'esistenza di un'organizzazione statale, infatti sono regole naturali e antichissime, che si svilupparono anche al di fuori dell'organizzazione sociale umana (es: studi di etologia).

Nelle società più complesse → La situazione non muta: la maggior complessità della situazione comporta il moltiplicarsi dei soggetti che si contendono le risorse e di quelli chiamati a scegliere materie di proprietà.

Ad ogni livello di sviluppo della società umana si sviluppa una tendenza marcata a mantenere ferma una costituzione proprietaria sostanziale e a dotarla di aspetti di immutabilità.

Fraseggio ed interpretazione costituzionale

Diritti moderni → introducono la proprietà all'interno di testi costituzionali, considerati gerarchicamente sovrapposti alle altre fonti del diritto.

- Le costituzioni socialiste → contengono il principio del divieto di appartenenza individuale dei mezzi di produzione e delle terre
- Le prime esperienze costituzionali liberali (Francia, USA) → introducono la proprietà privata fra i valori fondamentali della società (con la vita, libertà).
- Costituzione intermedia (come l'italiana) → mirano a funzionalizzare la proprietà privata, cioè riconoscono l'appartenenza privata dei mezzi di produzione, ma ne limitano l'utilizzo e i modi di acquisto

In questi sistemi, oltre alla costituzione, sono anche altri soggetti, come giudici, ad avere un ruolo fondamentale nel concreto in materia proprietaria (attraverso l'interpretazione delle formule contenute nelle costituzioni che sovverte i veri intenti dei costituenti).

Esempio: La costituzione degli USA e quella Francese sono simili dal punto di vista del fraseggio costituzionale in materia proprietaria, ma sono agli antipodi dal punto di vista dell'efficacia del controllo di costituzionalità sulle leggi:

- USA → Qualsiasi giudice ordinario nel corso di qualsiasi giudizio può considerare costituzionalmente illegittima la legge → conseguenza: la proprietà privata riceve tutela incisiva nei confronti della regolamentazione pubblica (qualsiasi limitazione potrebbe essere inquadrate da un giudice come espropriazione).
- Francia → non esiste una corte costituzionale, ma il Conseil constitutionnel svolge un controllo di legittimità costituzionale ex ante → conseguenza: la tutela della proprietà è debolissima.

Quindi: + un sistema di controllo è aperto alle istanze dei singoli consociati, più è probabile che l'organismo deputato al controllo della costituzionalità possa venire a conoscenza delle lesioni della proprietà privata da parte di una legge.

Inoltre la proprietà privata può risultare maggiormente tutelata a livello costituzionale in ordinamenti che non esaltano con enfasi sui valori fondamentali, ma che conoscono il controllo di costituzionalità delle leggi ex post.

Esempio: riguarda la dinamica fra testo costituzionale, intento dei costituenti e interpretazione degli

organi ad essa preposti.

La costituzione contiene le regole proprietarie che sono difficilmente mutabili (attraverso un procedimento di revisione complesso) o immutabili. Ma l'interpretazione veramente conta è quella di chi ha l'ultima parola nel porre limiti in concreto all'individualismo proprietario → infatti esistono diversi individui che operano in materia proprietaria (dopo la Costituzione):

- Legislazione e regolamentazione
- interpreti costituzionali
- giudici
- pa
- La dottrina che influenza di organismi istituzionali

La proprietà nella costituzione italiana

La costituzione italiana contiene alcuni enunciati in materia di proprietà → questi riflettono una filosofia che dovrebbe sottostare alle scelte proprietarie di ciascuno organismo istituzionale.

Art 42 cost → ha natura politica e riflette la preoccupazione per la generale distribuzione delle risorse all'interno della società italiana.

Si deve tener presente che la costituzione e il codice civile affronta la materia proprietaria su un diverso livello semantico.

Infatti la locuzione proprietà, sul piano normativo e nei due diversi contesti ha un ampio nucleo di significato comune, ma è vero che non tutto ciò che è proprietà del senso costituzionale del termine, lo è anche nel senso civilistico (viceversa tutto ciò che è proprietà in senso civilistico è proprietà anche in senso costituzionale).

Il codice contiene le regole tecniche che disciplinano la proprietà → La costituzione non limita tali regole ai beni in senso tecnico. Quindi la costituzione fissa gli ambiti di tutela proprietaria (che può essere estesa a risorse scarse che non sono tecnicamente beni ai sensi del codice), mentre il diritto civile fissa le regole tecnico giuridica sulla proprietà. In altre parole, la costituzione fissa gli ambiti della tutela proprietaria, mentre il diritto civile fissa le forme tecniche (ciò è importante nell'ipotesi in cui non esiste una disciplina giuridica ad hoc, es: siti Internet, banche dello sperma ecc).

Il diverso livello semantico non impedisce alla costituzione con impatto sul discorso tecnico giuridico (infatti i giudici sono in grado di riflettere il programma di politica del diritto contenuto nella costituzione).

Il programma generale di politica del diritto della costituzione esplicito dalla collocazione delle norme dedicate alla proprietà e dalla forma giuridica in cui la garanzia costituzionale viene cercata sul piano delle fonti (riserva di legge).

Sul piano della collocazione → La costituzione proprietarie contenute nel titolo terzo relativo ai rapporti economici (quindi al di fuori dei principi fondamentali, per cui ad un gradino inferiore nella scala dei valori). In realtà la costituzione non gradua l'importanza dei precetti in essa contenuti (se fosse così i rapporti politici sarebbero meno importanti di quelli economici, il che è assurdo).

La costituzione ha riconosciuto la proprietà privata, così come la libera attività d'impresa, con un'istituzione portante di un sistema economico, fondato sul mercato.

Lo Stato, sovrano del sistema economico, può operare in qualsiasi modo ritenga utile per raggiungere propri obiettivi → il limite che incontra non è la proprietà come diritto fondamentale, ma il limite è quello dell'uguaglianza sia fra i proprietari e non proprietari, sia fra diversi proprietari. Quindi lo Stato deve farsi carico dell'uguaglianza sostanziale e formale fra i cittadini, ai quali deve essere garantito un minimo di risorse tali da consentire loro di vivere dignitosamente. Il principio di uguaglianza sostanziale garantisce la parità di trattamento che fonda l'indennizzo per l'espropriazione e il principio del prelievo fiscale progressivo.

Su tutta la classe dei proprietari devono pesare costi della rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale, che limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica e sociale del paese (art 3 cost).

Ero stato e garantisce la libertà e l'uguaglianza fra consociati (e non la proprietà) → La costituzione

ha riconosciuto il binomio fra proprietà mercato e il sistema italiano la proprietà privata non fa parte dei valori fondamentali (come la libertà e l'uguaglianza), ma è parte delle istituzioni fondamentali della nostra costituzione economica (con il lavoro e l'impresa), descritta dal titolo III cost.

La costituzione demanda alla legge il compito di formalizzare le scelte proprietarie: in alcuni casi lo fa in modo dettagliato (es art 44), in altri risulta discrezionale (es art 42).

Canale in alcuni casi è matura meramente descrittiva, in altri recepisce formulazioni dottrinarie, in altri contiene programmi pieni di promesse.

Sul piano contenutistico, le più importanti norme costituzionali risultano essere:

- La regola che stabilisce il carattere misto della nostra economia (art 42 co 1 cost: I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o privati)
- La regola che conferma il potere di espropriazione della proprietà privata, salvo indennizzo e per motivi di pubblico interesse (art 42 c 3)
- La regola che consente le nazionalizzazioni di determinate categorie di imprese (art 43)

La dinamica fra proprietari non proprietari ed il principio di uguaglianza sostanziale hanno natura politica ed è il processo politico che deve farsi carico della messa in opera di questi principi, ciò avviene secondo un doppio circuito:

1. Quello parlamentare richiamato dalla riserva di legge
2. quello del controllo di costituzionalità sulle leggi

1) la riserva di legge¹ dell'art 42 cost

Nel conflitto protratto fattezze sinistre materie Italia ha trionfato un terzo incomodo, cioè una festa privata, non soggetta al processo politico, ma alla burocrazia statale locale.

La nostra letteratura giudica interlocutorio il regime della proprietà privata e considera la vaghezza del requisito della funzione sociale la prova di tale natura.

In realtà le scelte operate dal costituente sono chiare: è presente e centrale la garanzia della proprietà privata dei mezzi di produzione e le nazionalizzazioni appaiono circoscritte ed eccezionali nello schema la costituente.

Qui non c'troviamo di fronte un compromesso ideologico fra concezione liberale socialista della proprietà privata, ma siamo di fronte un accordo sottobanco.

La proprietà privata ne resta indenne e rimane ancorata a modelli antichi.

L'utilizzo di una riserva di legge è una garanzia forte proprietà privata, soprattutto quando accompagnata alla garanzia dell'indennizzo per espropriazione. La riserva significa che le scelte proprietarie devono ottenere un supporto politico parlamentare e devono rispondere ai requisiti di generalità ed astrattezza, tali da renderle compatibili con i principi di uguaglianza. In questo schema il requisito della funzione sociale è cruciale in quanto indica legislatore il dovere di farsi carico non solo dell'uguaglianza fra proprietari, ma anche fra proprietari e non proprietari, nell'ambito di una funzione redistributiva delle ricchezze.

La riserva di legge è rinforzata, cioè legislatore riceve l'esclusiva nella disciplina del diritto di proprietà rispetto alle altre fonti secondarie, ma riceve anche indicazioni chiare di come utilizzare questo potere → egli dovrà utilizzarlo in modo da farsi carico della funzione sociale della proprietà. Secondo lo schema della costituzione, si devono aver chiari i seguenti punti:

- a) La proprietà dei mezzi di produzione è riconosciuta e garantita nell'ambito del principio di uguaglianza.

¹ Riserva di legge = prevede che la disciplina di una determinata materia sia regolata solo dalla legge primaria e non da fonti secondarie. Può essere di diversi tipi:

- **Assoluta:** la materia deve essere regolata interamente dalla legge
- **relativa:** i principi sono stabiliti dalla legge, mentre l'esecutivo potrà intervenire attraverso regolamenti dettando la disciplina di dettaglio entro i limiti stabiliti dal legislatore
- **rinforzato:** riserve, assoluto relative, dove la costituzione pone dei limiti alla discrezionalità del legislatore prendendo terminando alcuni dei contenuti che la legge deve avere

- b) La proprietà è protetto da una riserva di legge, finalizzato perseguimento della funzione sociale
- c) Sono da considerarsi incostituzionali interventi limitativi della proprietà di fonte sub-legale
- d) sono incostituzionali gli interventi legali che introducano o lascino permanere sperequazione irragionevoli tra proprietari e fra questi e il non proprietaria

I costituzionalisti sostengono che la riserva di legge abbia carattere relativo → Ma è evidente la contraddizione fra il carattere rinforzato e quello relativo di una riserva di legge. Infatti il carattere relativo lascerebbe legislatore delegare fonti secondarie.

Il trucco della riserva di legge rinforzata e relativa offrirebbe al legislatore una facile via per sottrarsi al controllo della corte costituzionale → infatti la corte non potrà esercitare alcun controllo sui regolamenti.

Ciò è puntualmente avvenuto in Italia per diversi motivi:

- Difficoltà di riconoscere la riserva di legge con assoluta → Ciò porterebbe a dichiarare incostituzionale una vasta regolamentazione sub-legale in materia proprietaria
- lo sviluppo burocratico coinvolge la proprietà sotto i più vari aspetti (es: salute, igiene e sicurezza, disciplina del traffico, commercio). Si deve tener presente che potente corporazioni (es quella dei commercianti) difendono la propria posizione di privilegio sul mercato sostenendo interventi sub-legali.

Forse si dovrebbe sostenere l'argomento a favore della natura assoluta della riserva e sarebbe salutare un ripensamento dell'intero assetto delle fonti materia proprietaria. Ma anche se non si arriva a ciò, si dovrebbe far rivivere lo spirito della riserva di legge, anche se relativa (Infatti una riserva di legge anche se relativa è sempre una riserva di legge che impone forti limiti alle fonti sub-legali).

Quindi riserva di legge relativa deve almeno significare che la struttura di generalità ed astrattezza di una legge viene rispettata dal regolamento o dall'altra fonte sub- legale, che per ragioni di efficienza e buona amministrazione viene utilizzata. Inoltre significa diniego del potere redistributivo in materia proprietaria in capo alla pa, in quanto tale potere è riservato al Parlamento. Riserva di legge in materia proprietaria significa che la regolamentazione sub-legale non può mettere in discussione quanto stabilito dalla legge (cioè i poteri proprietari attribuiti dalla legge non possono essere messi in discussione, limitati o circoscritti, da fonti secondarie).

Per quanto riguarda il rapporto tra riserva di legge e fonti di tipo diverso, come la consuetudine → il regolamento crea problemi perché introduce nel circuito decisionale in materia proprietaria soggetti privi di legittimazione sia democratica che tecnico-giuridica. La consuetudine invece non introduce alcun altro individuo decisione; essa ha natura di limite autoimposto e di mediazione spontanea per l'interesse del proprietario e non proprietario → per questo è compatibile con lo schema della riserva rinforzata da requisito della funzione sociale. Inoltre dato che lo scopo della riserva di legge è quella di offrire garanzie alla proprietà privata contro la redistribuzione posta dall'autorità pubblica, la consuetudine è già un compromesso efficiente.

La consuetudine conferma il diritto proprietario, creando dei limiti intrinseci, non coperti dal principio dell'elasticità del dominio, perché esse normalmente media tre esigenze sociali più complesse. (es: Le eccezioni alle regole della cessione dettata dalla raccolta dei funghi, poi al potere di cinto nel fondo, dettate da pratiche agricole → perché create dal sotto in su riflettono un'organizzazione di beni dettata dalla loro stessa natura e non vengono mai meno, cioè sono conformative dei diritti proprietari. Al contrario una regola sulle distanze creato dal regolamento può venire meno al tratto di penna dell'autorità pubblica).

Quindi un limite consuetudinario può venire meno solo attraverso un processo di erosione della consuetudine, che non necessariamente restituisce all'elasticità del dominio il suo pieno spazio.

Non vengono mai meno nella consuetudine l'esigenza di mediazione tra proprietari e non proprietari E l'esigenza di rispetto dei diritti altrui. Quando le limitazioni consuetudinarie hanno queste caratteristiche strutturali, si possono considerare intrinseche e coerenti con i principi generali dell'ordinamento. Nonostante la loro posizione nella gerarchia delle fonti, esse possono prevalere su qualsiasi opposta disposizioni di legge.

La funzione sociale

È un tema spinoso che dato luogo a diversi atteggiamenti in dottrina:

- Per alcuni è stata considerata una nozione di importanza centrale, che fonda l'ordine proprietario costituzionali su basi nuove
- per altri è stata sminuita in quanto condannato alla natura declamatoria.

La verità sta nel mezzo → la funzione sociale di cui all'art 42 cost ha in sé un potenziale di rottura rispetto alla concezione liberale classica della proprietà, ma la sua natura declamatoria richiedono sforzo interpretativo intenso.

L'idea di funzione sociale si è sviluppata nell'ambito di diverse tradizioni giuridiche e politiche a partire dal secolo scorso → la troviamo in Germania, in Francia, nella dottrina sociale cristiana, a sinistra nella cultura marxista e a destra nella dottrina corporativistica e nella concezione fascista della proprietà.

La funzione sociale della proprietà è penetrata in costituzione senza un esteso dibattito (la formula piaceva sia destra che sinistra) → questo era già sorto durante i lavori per il codice civile, quando si discusse se introdurre la funzione sociale nella formula di cui all'art 832 cc.

Si pensa che la funzione sociale non si è riusciti a penetrare nel codice per la resistenza della civilistica italiana, che la vedeva vicina all'ideologia fascista → ma in realtà lo stesso fascismo a respingere la funzione sociale perché era una nozione rafforzativo dell'individuo nei confronti dello Stato è troppo vaga per esprimere l'essenza coercitiva delle norme corporative.

La funzione sociale nella concezione di Duguit, ripreso dalla civilistica italiana, per una nozione scarsamente rivoluzionaria → si trattava di rendere la nozione di proprietà privata coerente con l'accrescersi delle funzioni dello Stato e della regolamentazione pubblicistica. Era necessaria un'opera di rafforzamento e rilegittimazione della proprietà privata, che non aveva nessuna possibilità di reggere allo scontro con la macchina dello Stato. A Duguit (ripreso da Vassalli e Pugliatti nella civilistica italiana) parve che la via più percorribile fosse quella della funzione sociale e dell'indicare la coerenza ultima fra il disegno dello Stato e quello del privato.

Sul piano tecnico, quest'idea recuperava la nozione di abuso del diritto (teorizzati in Francia da Josserand) → il proprietario funzionale dei mezzi di produzione può equipararsi ad un esercente di pubbliche funzioni, finalizzate alla produzione e allo sviluppo. Egli può esercitare poteri proprietari, ma solo in modo coerente con le ragioni che ne giustificano il conferimento (qui si vede il legame con l'idea di abuso del diritto). Quindi proprietario maggiormente tutelato, perché non è tutelato nel suo interesse privato, ma nell'interesse pubblico alla produzione. Se perdura il suo rispetto dei doveri impostogli dall'ordinamento, egli viene tutelato perché l'organizzazione pubblica si serve di lui per portare avanti le sue funzioni. Il proprietario è soggetto al controllo sul modo in cui esercita il suo diritto, ma come pubblico funzionario è tutelato in pieno nella titolarità del suo ufficio.

Questa ricostruzione non poteva essere gradita al fascismo perché era una garanzia di indipendenza delle scelte proprietarie.

La funzione sociale subì altre critiche da parte della tradizione liberale, la quale voleva un ritorno alla centralità del codice e temeva che la nozione di funzione sociale legittimate eccessivamente le fughe nella legislazione speciale.

Ma a condannare definitivamente la funzione sociale fu il mutamento di rotta del Vassalli → la vaghezza della formula venne vista come idonee a creare un pericoloso cuscinetto fra volontà del legislatore e di consociati e un pericolo di un eccessivo rinvio alla legislazione speciale.

Per questi problemi di incompatibilità con la codificazione civile, la funzione sociale non entrò nel codice, ma trovò la strada spianata ad entrare in costituzione, quando vennero meno le resistenze fasciste e i liberali.

Oggi ci si deve domandare in che misura la ricostruzione di funzione sociale sia compatibile con quella diffusa negli anni 60/70 e si sia possibile recuperare qualche significato normativo.

Il risorgere interesse per la funzione sociale Ha una parentela veramente terminologica → in questo secondo filone la funzione sociale è intesa, non come coerenza strutturale fra interesse proprietario e di interesse pubblico, ma come aggregato di limiti coercitivi e redistributivi, volta sottrarre al

proprietario la posizione di privilegio sociale conferitagli, nei confronti dei soggetti non proprietari. La funzione sociale diviene un limite coercitivo esterno.

Per recuperare un significato moderno e tecnico alla teoria della funzione sociale della proprietà è necessario rivedere la teoria del Finzi → egli voleva tornare ad una costruzione della proprietà dal sotto in su. È una prospettiva che valorizza il benessere sociale potenzialmente proveniente in modo differenziato dai diversi tipi di beni, richiedenti un diverso modello di utilizzo, in virtù della loro stessa natura.

Quindi la teoria della funzione sociale non implica l'abbandono del momento di scelta indiosincronica, Maestra rimane ammissibile, nei limiti in cui coinvolga negativamente l'interesse sociale, sacrificando senza giustificazione interessi contrapposti tanto di natura proprietaria che non. Quindi i doveri di responsabilità sociale in capo ai proprietari variano a seconda delle circostanze e della natura dei beni su cui il dominio insiste. Se la proprietà è una sfera di decisione sociale allocata al proprietario, è evidente che la responsabilità inerenti al potere di decisione varierà in virtù della quantità ed importanza del potere decisionale allocato all'individuo.

Funzione sociale può imporre obblighi ulteriori, rispetto al mero allineamento fra il costo individuale e il costo sociale delle scelte.

La formula della funzione sociale ha una triplice dimensione del quadro costituzionale:

1. Essa serve a distinguere le limitazioni proprietarie non indennizzabili da quelle che richiedono indennizzo → Devono essere indennizzate tutte quelle che si fondano su rationes distinguendi irragionevoli, imponendo obblighi solo certi proprietari e non ad altri, Senza un effettivo riscontro sulla natura del bene, su cui la titolarità proprietaria insiste e in modo non correlato ad una diversa responsabilità sociale del tipo proprietario in questione
2. essa legittima eccezionali limitazioni dell'idiosincrasia proprietaria, quando la tutela del benessere sociale in poco sacrificio dell'utilità individuale
3. essa costituzionalizza il principio dell'obbligo generale di internalizzazione dell'esternalità e rende incostituzionale qualsiasi legge, che sbilanci il costo privato rispetto al costo sociale, se non nel caso in cui tale sbilanciamento si è giustificato da un programma nazionale di riallocazione delle risorse fra proprietari e non proprietari.

b) Il controllo di costituzionalità

Nel diritto italiano il controllo di costituzionalità sulle leggi è sottratto al giudice ordinario. Il giudice ordinario ha il dovere di fronte un conflitto non è manifestamente infondato, fra un precetto costituzionale e un precetto di rango inferiore, Di investire la corte costituzionale della soluzione della controversia. Tale soluzione impedirebbe al giudice qualsiasi interpretazione decisiva della costituzione e qualsiasi applicazione costituzionalmente orientata nel nostro diritto → Ciò porterebbe a risultati assurdi e finirebbe per umiliare il potenziale innovativo del diritto giurisprudenziale, per cui l'obbligo in capo al giudice di sollevare l'incidente di costituzionalità è edulcorato nella prassi.

Quindi anche il diritto italiano della proprietà si sviluppa attraverso interpretazioni dei precetti costituzionali operati dal giudice ordinario o amministrativo, ma il luogo istituzionalmente preposto alle scelte relative la proprietà costituzionale è la Corte costituzionale. Essa gode di grande prestigio, è composta da componenti tecnici e politici.

Le decisioni della corte costituzionale godono di una forza maggiore a quella della legislazione ordinaria perché orientano le decisioni future.

Le c.d. sentenze manipolative a si discostano dal tradizionale modello di decisione giudiziaria che interviene ex post su fatti già avvenuti. Le decisioni della corte hanno natura di giudizi sulle leggi e condividono con questo il carattere di generalità ed astrattezza oltre che di previsione di fattispecie future.

In materia proprietaria, in una decisione della corte si troverà formalizzata una "policy", cioè una scelta non limitata alla singola controversia su una risorsa scarsa, ma una direttiva volte guidare un futuro organo di decisione nella sua scelta. Per cui le decisioni della corte costituiscono un programma di distribuzione di diritti proprietari. Il legame con la singola controversia risulta

ininfluente sulla struttura della decisione ed il suo impatto si limita ad un doppio aspetto:

1. Consente la presa in considerazione gli aspetti di incostituzionalità non prevedibili ex ante, facendo salvi i vantaggi di un sistema di scelte decentrate
2. mantieni in capo al giudice ordinario il potere di filtrare le istanze di cambiamento provenienti dalla società

questi aspetti si sono manifestati in materia proprietaria → in alcuni casi la corte ha dato dimostrazione di indipendenza, dichiarando costituzionalmente illegittime leggi ordinarie ancor fresche di supporto politico; in altri casi il suo impatto non è stato decisivo.

Si deve registrare un limite al ruolo che la corte costituzionale può subire nello svolgere il suo controllo di legittimità → il sindacato di legittimità operato dalla corte è limitato alle leggi, quindi i regolamenti costituzionalmente illegittimi non possono essere da essa considerati. Così il controllo di costituzionalità sui regolamenti è attribuito al giudice ordinario (che potrà disapplicarli) o al giudice amministrativo (che potrà annullarli). Ciò può portare a molti problemi quando la disciplina è contenuta sia in leggi ordinarie sia i regolamenti, in quanto il processo decisionale risulta sdoppiato. Poi siccome depositari di tali scelte costituzionali non sono omogenei (corte costit e Consiglio di Stato) le conseguenze negative che aggravano.

In materia proprietaria il problema più importante di cui devo occuparsi la corte costituzionale è quello di definire quali fra la moltitudine di leggi o regolamenti, aventi carattere redistributivo e limitativo della proprietà costituisce un'espropriazione (che va indennizzata) e quali no.

Dal punto di vista del soggetto proprietario, quello che importa è l'impatto economico di una certa attività sul valore del fondo.

Il codice civile

Il codice civile ha il compito di creare le basi del sistema della proprietà.

CC colloca le norme relative alla proprietà nel libro 3°--> Le scelte proprietarie contenute appaiono indirizzate verso la proprietà individuale a scapito di quella collettiva, relegata a pochi beni.

Durante la scrittura del codice → prevalse la posizione del Vassalli, che voleva fare largo uso al rinvio senza precludere spazi alla legislazione speciale. Anche le altre posizioni non furono prive di impatto, come la concezione fascista che ottenne diverse norme corporative.

Venne comunque mantenuta alla centralità del codice e fra le innovazioni più significative dobbiamo menzionare le norme relative al condominio negli edifici.

La maggiore innovazione nel codice del 42 è il fenomeno dell'unificazione fra il codice civile e il codice di commercio, con la conseguente commercializzazione del diritto civile. Tale commercializzazione del diritto privato ha significato uno sbilanciamento del baricentro del codice dal libro 3 al libro 4.

Sul piano della teoria delle fonti, il codice è propenso riservare le scelte proprietarie alla legge piuttosto che al regolamento → così rafforza la riserva di legge in materia proprietaria.

Il codice non solo fa largo uso del rinvio a normative speciali e in minor misura ai regolamenti, ma talvolta il rinvio è agli usi, Cioè alle consuetudini locali e usi commerciali o lex mercatoria.

Il codice civile non è l'unico luogo in cui sono contenute le regole relative alla proprietà, ma esso costituisce il grande schema centripeto sulla base del quale le altre fonti vanno interpretate. È quindi importante tratteggiarne la filosofia sottostante, perché essa funge da principio fondamentale per l'interpretazione delle regole proprietarie.

Il principio fondamentale della disciplina codicistica in materia di proprietà è la lotta contro le esternalità negative, ingenerate dalle attività private → il codice è teso a che ciascuna scelta posta in essere da un proprietario sia libera solo fino al punto in cui le conseguenze che ne derivano ricadono nell'ambito della sfera allocata al medesimo.

Accanto al sistema del codice si sono sviluppati diversi sottosistemi normativi, che hanno maturato una generalità tale da non poter essere considerate è semplice deroga al codice.

Leggi speciali

Sul piano della teoria delle fonti, un codice ed una legge speciale sono analoghi. Ma se l'analisi si

concentra sul processo di creazione del diritto, noteremo la differenza:

- Il codice è un prodotto dottrinario, in cui si confrontano diverse correnti teoriche, diverse dottrine
- La legislazione speciale è il prodotto di una creazione del diritto quasi interamente politica
ciò significa che:
 - Le scelte proprietarie contenute nel cc sono neutrale rispetto alla concreta allocazione delle risorse essendo il frutto di una tradizione giuridica
 - Le scelte proprietarie contenute nelle leggi speciali sono la risultante giuridica dello scontro politico per l'allocazione delle risorse scarse

può anche capitare che determinate visioni di politica di diritto prevalgono anche in un codice, che nell'attribuire risorse scarse favorisca una classe di individui (es: norme sul riordino della proprietà fondiaria favoriscono i coltivatori diretti); è anche vero che la legislazione speciale può essere spinta su esigenze generali di politica del diritto.

Se si pensa al fenomeno generale una fondamentale differenza fra codice legge speciale non può sottovalutarsi, qualora si rifletta sulle regole proprietarie.

Il rapporto fra codice e legislazione speciale molto presente durante la discussione che culminò nella codificazione civile del '42. La legge speciale, più agevolmente mandate, pareva ad alcuni la soluzione ideale per tutte quelle aree del diritto in cui si poteva prevedere una forte evoluzione sociale destinata ad essere riflessa dall'ordinamento. L'evoluzione successiva ha insegnato che le aree che non rimaste fuori dal codice finirono per essere abbandonate all'arbitrio legislativo, sottratti ad ogni controllo istituzionale.

Fonti subordinate e di interpretazione analogica

Art 117 cost → Prevede un'organizzazione istituzionale su base regionale; alle regioni vengono attribuite competenze normative e regolamentari, che hanno imparato anche in materia proprietaria → fra queste il settore dell'urbanistica → Oggi su ogni aspetto per la proprietà immobiliare è sottoposto al regime vincolistico prescritto dalla disciplina urbanistica.

La disciplina pubblicistica della proprietà, organizzata su fonti normative primarie, secondarie e giurisprudenziali, riflette la separazione di competenze tra Stato, regioni ed enti locali → per cui è molto complessa. Innanzitutto per padroneggiare tale complessità bisogna tener presente che le sfere di competenza del diritto privato del diritto pubblico, la circolazione di proprietà non sono nettamente separate o separabili. Per cui si potrebbe cercare di coordinare i vari sottosistemi di fonti proprietarie (codicistico, vincolistico, urbanistico), elaborando una tecnica di interpretazione perché riduca ad unità le regolamentazioni di diversa provenienza relativa ad un bene, in modo da distinguere i principi fondamentali dalle eccezioni. Es: all'istituto dell'espropriazione per pubblica utilità si contrappongono garanzie fondamentali per il cittadino → conquiste sono principi fondamentali e non possono essere diroccate da normative regolamentari.

Ciò che è vero per garanzie della proprietà vale anche per la funzione sociale → Si è superata la concezione liberale, Secondo cui i limiti alla proprietà privata, considerati deroghe alla pienezza del dominio, non avrebbero potuto essere interpretati per analogia.

Nell'attuale assetto delle fonti tanto le garanzie proprietarie fondamentali, quanto i limiti generali (ridotti in unità dalla funzione sociale) possono essere interpretati per analogia → Interpretare svolge un'importante funzione integrativa del sistema, tale da garantire l'armonia la salvaguardia dei principi fondamentali.

L'interpretazione analogica può configurarsi nella sua doppia veste di:

- ***Analogia legis*** → sarà fondamentale identificare la ratio di politica del diritto sottostante ad un determinato intervento. Verificare se la norma, una volta calata nell'ordinamento proprietario, racchiuda qualche principio potenzialmente estendibile a casi analoghi; cioè se l'intervento abbia natura settoriale e contingente, o se esso abbia una ratio legis idonea ad offrire una giustificazione oggettivante. Tale ratio legis (es: salvaguardia dell'ambiente) potrà essere estesa a casi non direttamente ricadenti nella fattispecie. Mentre se tale ratio non è riscontrabile, la norma andrebbe interpretata in modo restrittivo.

- **Analogia iuris** → L'interprete non dispone di una norma specifica d'applicare analogicamente, ma egli dovrà basarsi sui principi fondamentali che governano l'intero ordine proprietario. Non pare che tale ratio iuris possa essere diverso dalla ragione generale, per cui diritto di un'economia capitalista protegge la vita privata.

Nel nostro sistema si è verificata la tendenza per cui le restrizioni regolamentari risultano più deleterie per il proprietario rispetto quelle legislative, in quanto interpretate burocraticamente e sottratto al controllo di costituzionalità. Infatti le scelte pubbliche che direttamente conformano ciascuna proprietà vengono posti in essere da funzionari burocrati, disposti in scala gerarchica. Anche se scelte dei funzionari pubblici materia di proprietà costituiscono nella maggioranza dei casi l'aspetto di contatto più importante proprietario dell'ordinamento giur, ciò non significa che la giurisprudenza la dottrina possono rinunciare ad elaborare le linee portanti dello statuto giuridico della proprietà. Una decisione burocratica irrispettosa del diritto di un proprietario, ma funzionale ad un'attività amministrativa può considerarsi fisiologica, e solo limitatamente redistributiva, perché impone proprietario solo l'analisi costi benefici di sfidarla in corte. Se la corte non introduce l'argomento giuridico nel processo di decisione, ne risulta che una scelta socialmente eccessiva, come la allocazione di oneri collettivi, viene lasciata a burocrati, che sono così legittimati a non occuparsi dell'interesse generale, ma solo di quello parziale della propria amministrazione.

Il sistema delle fonti la definizione della proprietà

Art 832 cc “ *il proprietario ha 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.*”

Art 832 cc → contiene una definizione della proprietà, ma anche un'indicazione normativa.

Dal punto di vista definitorio → l'art 832 eredita interamente dal noto art 544 Code Napoleon (il proprietario colui al quale è consentito fare, rispetto ad un bene, tutto ciò che non è gli vietato fare), così questa definizione risulta irrilevante.

Dal punto di vista normativo → la norma contiene un'indicazione: i limiti alla libertà proprietaria devono essere contenuti nell'ordinamento giuridico. Rispetto all'antecedente francese e al codice del 1865, il fraseggio del nostro art è innovativo. Da un lato manca una riserva particolare fonti, per cui fonti di natura diversa (purchè parte dell'ordinamento giuridico) possono legittimamente limitare la libertà del precario. D'altra parte, la menzione dell'”ordinamento” a un evidente natura di rinvio ad altri ambiti del codice, per cui il senso dell'operazione normativa potrebbe essere del tutto opposto. Quindi la prima linea interpretativa appare più lineare e invita a riflettere su cosa significhi l'ordinamento giuridico in questo contesto.

Nel nostro contesto, occorre preferire una nozione aperta e pluralista di ordinamento giuridico, per osservare che limiti e obblighi al proprietario possono essere introdotti anche da fonti, con la giurisprudenza, la consuetudine ed i principi generali esposti dalla dottrina.

Esempio: Ciascuna fonte dell'ordinamento è idonea a reagire sulla sfera proprietaria, limitando o aumentando i poteri del titolare e spostandolo su diverse curve di indifferenza. A questo proposito è molto interessante la dinamica tra dottrina e giurisprudenza. Tra dottrina dominanti in Italia dagli anni 60 ha sviluppato un atteggiamento attento alla redistribuzione della proprietà privata, leggendo tra le mandati nel requisito della funzione sociale e argomentando sulla base del principio di uguaglianza di cui all'art 3 cost. Tale atteggiamento non aveva saputo tradursi sul piano tecnico e si era limitato a giustificare qualsiasi intervento settoriale limitativo della proprietà, dettato nella mera considerazione dell'interesse finanziario della pa, posto in essere dalla legislazione settoriale e dalla normazione burocratica. La corte costituzionale non aveva condiviso questi atteggiamenti della dottrina e si era sforzata a tutelare il proprietario, senza ammettere l'interesse della pa fra le poste degli essere presi in considerazione nell'opera di contemperamento.

Dagli anni 80 → La dottrina cambiò: si cominciò a riflettere sulla proprietà come istituzione fondamentale di mercato e ai limiti come lo strumento con cui le insufficienze del mercato andavano corrette. Quindi la riflessione non era più a favore della pa, ma l'attenzione e l'indirizzata verso la valorizzazione della sinergia tra interesse privato e interesse pubblico. In questo contesto

intervenne la corte costituzionale con la sentenza 283/93 → andò contro sentenza, accogliendo la tesi della dottrina critica sopra menzionata, considerando costituzionalmente ammissibile un indennizzo costituente il massimo di contributo è di riparazione che nell'ambito degli scopi di generale interesse la pa può garantire l'interesse privato. Per cui è necessario uno spazio di tempo di circa vent'anni perché cambi di tendenza dottrina vengano registrati giurisprudenza. In conclusione, il nostro sistema istituzionale proprietario è aperto e ben fotografato dall'art 832. La gerarchia delle fonti collassata. La dinamica decisionale è competitiva e va studiato con gli strumenti adeguati a questo scopo.

La proprietà nella legalità transnazionale

Il problema della definizione proprietaria si presenti in tutta la sua portata quando l'analisi è estesa oltre i confini nazionali.

Problema: cui ordinamento ha una propria qualificazione di proprietà → quale diritto applicare quando due ordinamenti stranieri vengono in contatto.

Una risalenti tradizionali criteri di scelta del diritto applicabile materie proprietaria e quello del **forum rei sitae** (art 51 Dir. Int. Priv.) per cui “ il possesso, la proprietà e gli altri diritti reali sui beni mobili ed immobili sono regolati dalla legge dello Stato in cui beni si trovano”.

La diversità giuridica formale fra un sistema proprietario ed un altro rileva due problemi:

1. Quello della giurisdizione del giudice italiano e quello del diritto applicabile
2. Il problema dell'impatto sul diritto italiano della proprietà di convenzioni internazionali recepite (quali la convenzione di Vienna sulla vendita internazionale o la convenzione Unesco sui beni culturali ed artistici).

La dimensione transnazionale del diritto di proprietà è maggiormente problematica in materia di beni mobili che in materia di beni immobili → ciò perché il secondo aspetto di un transnazionalità pensionato è escluso in materia di beni immobili, ma anche perché i problemi di diritto internazionale privato sono più agevolmente risolti in quest'ambito.

Questione della giurisdizione → è risolta dalla legge: art 5 legge 31/05/1995 n 218 prescrive che la giurisdizione italiana è esclusa rispetto ad azioni reali aventi ad oggetto beni immobili situati all'estero. Ciò significa che il giudice italiano non può conoscere, se non in casi eccezionali e sulla base di una diversa speciale ragione, di questioni, che coinvolgono direttamente le attività economiche principali, prodotte da un'immobile sito all'estero.

Questa norma va coordinata con l'art 51 della stessa legge, sicché che cosa sia un'azione reale va determinato secondo il diritto del paese straniero in cui l'immobile si trova.

Quindi la mancanza di giurisdizione per immobili siti all'estero (la cui ratio è il rispetto della sovranità dello Stato, la cui porzione di territorio è occupato dall'immobile) è un principio fondamentale della giurisdizione internazionale. Ne segue che alla mancanza di giurisdizione del giudice italiano sui rapporti reali immobiliari siti all'estero, corrisponde la mancanza di giurisdizione del giudice straniero su immobili siti Italia. Inoltre ne segue che il giudice italiano dovrà rifiutare di riconoscere una sentenza straniera resa da un giudice straniero relativamente ad un immobile sito in uno stato terzo.

Il principio di mancanza di giurisdizione per immobili siti all'estero da parte del giudice italiano non esiste materia mobiliare → ciò è giustificato sul piano economico, perché l'attitudine alla circolazione alla dislocazione caratterizza i mobili rispetto agli immobili.

La convivenza di opposti principi di giurisdizione in materia di mobili ed immobili dovrebbe offrire qualche contributo alla riflessione sul tema della scelta del diritto applicabile. È vero che il problema della giurisdizione è quello del diritto applicabile sono problemi distinti, ma è anche vero che sono collegati.

Mentre la norma sulla giurisdizione che si limita a prendere in considerazione gli immobili ai fini dell'esclusione della giurisdizione sia da condividersi perché razionale e giustificata dal punto di vista della riduzione dei costi transattivi, lo stesso non può dirsi dell'art 51, che abbraccia entrambe le categorie di beni ai fini della scelta del diritto applicabile. In sintesi si può osservare come storicamente il criterio del forum rei sitae abbia origini esclusivamente immobiliari e che viceversa

per i beni immobili il principio di personalità abbia prevalso molto più lungo.

L'espandersi del criterio territoriale rispetto quello personale (secondo cui il diritto applicabile è quello personale del titolare della proprietà) Ha avuto come conseguenza una riduzione degli aspetti del diritto dei beni che il forum rei sitae era chiamato disciplinare. Così il diritto dello stato in cui bene si trova ha finito per disciplinare la totalità dello statuto giuridico di un determinato bene, ma solo determinati aspetti in cui l'elemento di staticità prevale. Mentre questa contrazione non è preoccupante per gli immobili (dove il godimento assorbe la maggior parte della disciplina proprietaria), in materia mobiliare (dove prevale l'aspetto dinamico) si è finiti per sovrapporre due regimi concorrenti → non di rado lo stesso bene risulta disciplinato per certi aspetti del diritto dello Stato in cui esso si trova e per altri al diritto applicabile al titolo che ne governa la disposizione.

Quando due diversi ordinamenti giuridici insistono su un medesimo fenomeno economico, è facile che si verificano problemi di coordinamento e che sorgano conflitti sugli ambiti applicativi dell'uno e dell'altro. Tali problemi testimoniano la diatriba dottorale sull'ambito di applicazione della lex rei sitae in materia di trasferimento mobiliare, finiscono per innalzare i costi transattivi della disciplina. Giovano due ulteriori considerazioni. In primo luogo, il legislatore internazionalprivatistico del 1995 introduce una disciplina speciale per le cose in transito, regolate dal diritto del luogo di destinazione (che toglie un'altra fetta riservata alle lex rei sitae). In secondo luogo, si è arrivati alla redazione dell'art 54 secondo cui i diritti sui beni immateriali sono regolati dalla legge dello Stato di utilizzazione.

Per recuperare una nozione unificate potenzialmente transnazionale di proprietà mobiliare non occorre l'espedito utilizzato dalla normativa viennese sulla vendita internazionale, che sembra utilizzare la tecnica dello struzzo, cioè non usa nessuna nozione di proprietà e di trasferimento della stessa.

Di fronte al quadro normativo tracciato della nuova legge sul diritto internazionale privato, l'interprete è chiamato recuperare la distinzione fra immobili e mobili è orientarsi secondo i seguenti criteri. Nel primo ambito, la lex rei sitae e la mancanza-esclusività della giurisdizione sono principi giustificati e razionali. Nell'ambito dei beni mobili il criterio della lex rei sitae non è giustificabile, data l'evoluzione dello stato del commercio internazionale, sicché la lettura dell'art 51 dovrà essere restrittiva ed ogni estensione con criteri alternativi, derivanti dal titolo di circolazione, o più in generale tra natura dinamica dei beni mobili, risolti in favore di questi ultimi.

Quanto alla questione della inderogabilità pattizio, si può ammetterla in tutti gli ambiti in cui questa porta come risultato una chiarezza nello statuto giuridico generale di un determinato bene, conoscibile da parte di terzi.

I criteri interpretativi proposti sono informati al tentativo di raggiungere uno statuto giuridico unitario transnazionale per i vari beni.

CAPITOLO IV TASSONOMIA ED OGGETTO

Tanto il libro III cc, tanto il titolo II del medesimo libro → portano la stessa denominazione “ della proprietà”. Ciò evidenzia il fenomeno della polisemia della locuzione proprietà → questo fenomeno coinvolge la nozione in vari ambiti: quando essa venga studiata in diversi ordinamenti (ciò che è proprietà per uno non lo è per l'altro).

Quando lo studio si rivolge diverse discipline → La nozione di proprietà avrà significati diversi (ciò che è proprietà per un economista non lo sarà per il giurista).

L'identica intitolazione del libro III E del suo titolo secondo ci mostra che perfino all'interno del medesimo codice, la nozione di proprietà può assumere significati diversi.

Per cui nella tradizione civilistica italiana, la nozione di proprietà possono essere utilizzata in una pluralità di sensi, alcuni ampi ed altri restrittivi.

La proprietà in senso ampio (come utilizzata dal libro III) comprende quattro sottoinsiemi con caratteri propri:

1. Il diritto dei beni (dominato da esigenze di raggruppamento delle cose secondo l'utilità che

- sono idonee a produrre)
2. Il possesso (dominato dall'idea della fattualità e contrapposto alla proprietà e alla detenzione)
3. I diritti reali limitati
4. Le situazioni di godimento congiunto, comunione, condominio

Noi studieremo il diritto di proprietà come categorie ordinate, che emerge dalla contrapposizione con altre categorie (possesso, obbligazioni, diritti reali).

Quindi per oggetto della proprietà intendiamo gli aspetti strutturali profondi della fattispecie dominicale, ossia i contorni del diritto di proprietà.

Il fascio delle prerogative proprietarie

Tony Honoré (applicando in materia proprietaria l'analisi di Hohfeld) scrivere un saggio intitolato "ownership" (è la traduzione di diritto di proprietà), in cui identifica 11 fondamentali aspetti caratterizzanti la nozione di diritto di proprietà.

Questa analisi è stata successivamente utilizzata dai teorici della proprietà, perché offre una scomposizione del diritto dominicale in un'ampia varietà di elementi costitutivi fondamentali. Tali elementi costitutivi non sono sempre presenti tutti contemporaneamente sul medesimo piano in tutti gli ordinamenti, ma sono presenti ovunque in maggioranza nell'istituto diritto di proprietà e consentono di distinguere la situazione giuridica soggettiva proprietà rispetto alle altre.

È importante osservare che le prerogative componenti il fascio godono di un notevole tasso di indipendenza l'una dalle altre, potendo circolare disgiuntamente (ciò ha importanti risvolti in tema di trasferimento della proprietà).

Bisogna tener presente due modelli strutturali proprietari che sono esclusi dalla nostra analisi:

- ***commons*** (proprietà comune): ogni individuo ha diritto all'accesso determinate risorse, senza poterne essere escluso
- ***anticommons***: ciascuno ha diritto di escludere altri dall'accesso alle risorse, ma sua volta può esserne escluso. Qui nessuno ha diritto esclusivo o congiunto di accesso alla risorsa oggetto della proprietà, senza l'altrui consenso.

Queste situazioni strutturali non sono assenti nel diritto italiano: nel primo modello rientra nella disciplina sulla comunione, il condominio negli edifici e le servitù; nel secondo modello rientrano i casi di esclusione reciproca da determinati usi del bene (es: in materia di Potere di edificare, di muro comune, di distanza fra edifici e piante).

Le prerogative proprietarie definiscono gli aspetti oggettivi del diritto di proprietà → si può dire che, indipendentemente dalla tipologia fisica della risorsa scarsa oggetto della proprietà, il diritto di proprietà comprende le seguenti ***prerogative***:

1. ***diritto al possesso esclusivo***
2. ***diritto al godimento personale***
3. ***diritto a controllare e monitorare l'uso che altri ne facciano***
4. ***diritto alla rendita derivante dall'uso da parte di altri***
5. ***diritto sul valore del capitale, incluso quello di alienarlo, consumarlo o distruggerlo***
6. ***diritto alla sicurezza della situazione proprietaria***
7. ***diritto alla trasmissione gratuita e inter vivos o mortis causa***
8. ***assenza di condizionamenti suddetti diritti***
9. ***dovere di usare la risorsa scarsa in modo da non danneggiare gli altri***
10. ***l'esposizione della risorsa all'esecuzione forzata per il pagamento dei debiti***
11. ***i diritti residuali dovuti all'elasticità del dominio***

A dare una concreta definizione a queste prerogative sarà il singolo ordinamento giuridico in base all'impatto della natura economica del bene sull'efficienza del regime giuridico.

Proprietà, possesso e detenzione

La prima prerogativa proprietaria (cioè il diritto al possesso esclusivo) comprende:

- La prerogativa tradizionale del potere di escludere

- La prerogativa del rapporto tra controllo fisico e titolo con legittima

La nozione di **possesso** si comprende come categoria coordinante in relazione alla nozione detenzione.

Mentre le definizioni prevalenti, fanno passare la distinzione fra possesso proprietà attraverso la caratteristica della giuridicità di quest'ultima e della fatalità della prima, possesso proprietà rappresentano notevoli caratteristiche strutturali comuni. Infatti anche il possesso conferisce diritti e i rimedi al suo titolare (per cui non ha senso la sua de-giuridicizzazione e collocazione nel mondo del fatto); inoltre per l'economista, possesso proprietà possono considerarsi sostitutivi l'uno all'altro, nel senso che un'efficiente tutela del primo costituisce un modello di tutela della protezione esclusiva di risorse scarse utilizzabile dall'ordinamento. Quindi si può immaginare un ordinamento fondato sulla sola tutela del possesso (come gli ordinamenti di common law che non conoscono il dualismo fra tutela petitoria e possessoria), inteso come controllo fisico autonomo di una risorsa scarsa.

In altre parole, sul piano strutturale, il possesso, come la proprietà, ha a che fare con le condizioni che l'ordinamento richiede per offrire tutela alle scelte idiosincratiche di chi controlli una risorsa scarsa. Per quella diversità fra possesso di proprietà può trovarsi nell'intensità della tutela accordata, nel senso che un ordinamento può elaborare una categoria diritto di proprietà e di tenerla tutelata anche quando il titolare perde il controllo di fatto della risorsa scarsa su cui insiste. Ma anche qualora l'ordinamento raggiunga lo stadio in cui il potere proprietario è formalizzato in modo indipendente dal controllo fisico, il proprietario non ha potere di monitoraggio sul possessore → fra le due figure non c'è gerarchia, né coordinamento; per cui il conflitto verrà deciso a favore dell'una o dell'altro a seconda delle circostanze concrete.

Diversa è l'ipotesi della **detenzione** → essa richiede il riconoscimento della gerarchia, rispetto alle scelte relative all'uso di un bene. Il detentore è gerarchicamente subordinato al possessore (o al proprietario). Egli non rivendica un potere di decisione autonoma rispetto al bene, ma il suo livello di autonomia dipende dal titolo, che gli conferisce il controllo fisico. Egli è soggetto al monitoraggio del proprietario; riconosce che la sovranità è altrove e di essere gravato dell'obbligazione restitutoria, secondo i termini previsti dal titolo.

Mentre è dal punto di vista economico, il possessore presenta tutte le caratteristiche di un proprietario, il detentore si vede riconosciuto l'accesso alle risorse da un'istituzione giuridica cooperativa, che coordina l'utilizzo delle risorse e che, fondata sull'obbligazione restitutoria, rende possibile la divisione del lavoro.

Quindi:

- Il possesso è una proprietà cadetta
- La detenzione è un controllo del bene soggetto al monitoraggio gerarchico del proprietario (o del possessore).

La proprietà e gli altri diritti reali

Il connotato che distingue la struttura proprietaria rispetto al diritto reale è soltanto il principio dell'elasticità del dominio, che dal punto di vista economico significa l'assorbimento residuale del plusvalore (residual claim) in assenza di monitoraggi interni.

Infatti, mentre il proprietario risulta pienamente libero tutelato nell'ambito del suo diritto, tale caratteristica manca il diritto reale. Il titolare di un diritto reale limitato manca del potere di reclamare il valore residuale (che spetta al proprietario) ed è soggetto al monitoraggio del proprietario.

Il proprietario sarà incentivato a farsi carico di tale monitoraggio dal principio dell'elasticità del dominio → infatti quando il diritto reale limitato viene meno, proprietà riprende pieno vigore, per cui il proprietario sarà incentivato a far rispettare al titolare del diritto reale tanto i limiti temporali, quanto quelli spaziali del diritto.

Tolto questo aspetto il diritto reale e la proprietà condividono una serie di aspetti strutturali di grande importanza.

La nozione di diritto reale si estende alla proprietà, ma non è ad essere limitata → tutte le proprietà

sono diritti reali, ma non tutti diritti reali sono proprietà.

La nozione di diritto reale può cogliersi appieno in contrapposizione con la nozione di diritto personale:

- Un diritto reale impone obblighi di astensione alla generalità dei consociati ed è opponibile nei confronti di tutti
- un diritto personale non è opponibile alla generalità dei consociati, ma impone obblighi unicamente a carico dei soggetti che danno luogo al rapporto

Ma nella realtà ci sono situazioni intermedie → es: un contratto di locazione, stipulato nelle speciali forme e con le speciali garanzie previste a favore del conduttore.

Art 813 cc recita “*Salvo che dalla legge risulti diversamente, le disposizioni concernenti i beni immobili si applicano anche diritti reali che hanno per oggetto beni immobili e alle azioni relative*”.

La norma offre un'occasione importante per riflettere sulla struttura del diritto reale rispetto alla proprietà e all'obbligazione.

L'art 810 cc ci offre la nozione di bene (“ sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti”) che pare utilizzate in modo promiscuo rispetto quella di cosa e dimostra l'incapacità di fungere da significante coerente nell'art 813 cc.

La dottrina ha osservato che nel nostro codice anche diritti sono classificati come beni.

Risulta interessante vedere estese ai diritti (entità aventi natura immateriale) Regole giuridiche pensate per entità fisiche, quali il suolo, le strutture che su di esso insistono e le cose mobili.

Per cui risulta desiderabile tale estensione, sicchè l'appiglio normativo dell'art 813 cc andrebbe sfruttato ed esteso.

L'indicazione di apertura proveniente dalla dottrina, secondo cui l'allocuzione diritto reale va estesa a quelle posizioni soggettive che i privati acquistano in virtù di provvedimenti amministrativi di tipo concessorio, va seguita ed incoraggiata.

Oggetto di proprietà immobiliare sono anche quelle situazioni soggettive, risultanti da convenzione urbanistica o trasferimento di cubatura.

La terra: paradigma della proprietà immobiliare

Le distinzioni in materia di beni sono stati il prodotto di accidenti storici, variabili a seconda dei luoghi e dei tempi.

Fra le varie ragioni, che stanno alla base di queste distinzioni, va collocata quella per cui i beni immobili avrebbero un'importanza economico-sociale maggiore rispetto ai mobili.

Sul piano formale, il nostro diritto all'art 812 cc consegna all'interprete dei criteri di selezione di tipo residuale.

Art 812 cc “*Sono beni immobili e il suono, le sorgenti e i corsi d'acqua, gli alberi, gli edifici e le altre costruzioni, anche se unite al suolo a scopo transitorio, e in generale tutto ciò che naturalmente o artificialmente è incorporato al suolo.*

Sono reputati immobili i mulini, i bagni e di altri edifici galleggianti quando sono saldamente assicurati alla riva o alla rinvio e sono destinati ad esserlo in modo permanente per la loro utilizzazione.

Sono mobili e tutti gli altri beni.”

Questa norma elenca:

- nel 1° e nel 2° comma a quali beni possa attaccarsi l'etichetta di immobili
- conclude al 3° comma con la locuzione “ sono mobili e tutti gli altri beni”.

L'art 812 va letto in stretto collegamento con l'art 813.

Art 813 cc: “ *Salvo che dalla legge risulti diversamente, le disposizioni concernenti beni immobili si applicano anche diritti reali che hanno per oggetto beni immobili e alle azioni relative; le disposizioni concernenti beni mobili e si applicano a tutti gli altri diritti*”.

L'art 813 Introduce un'importante smentito prerazionale alquanto declamato dall'art 810 cc (“*sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti*”). Infatti quest'ultima norma appare legare la nozione di bene a quella di cosa, offrendo un argomento testuale forte a chi ritenga la materialità dell'oggetto l'aspetto strutturale fondamentale del diritto di proprietà. Ma l'art 813 capovolge la prospettiva, in quanto la nozione di bene immobile comprende anche quello di diritto reale su un immobile e di azione reale a tutela dei medesimi, mentre la nozione di bene mobile si estende a tutti gli altri diritti → quindi il legame formale fra bene e cosa risulta obliterato (in quanto un diritto reale non ha le caratteristiche di materialità tipiche della cosa).

In questo contesto diviene importante far tesoro di qualsiasi appiglio che consente di rendere la struttura fondamentale proprietà utilizzabile per la gestione di utilità provenienti da qualsiasi risorsa scarsa.

Ora dovremo affrontare un altro problema, c'è quello di identificare quali beni siano assoggettati a regime giuridico della proprietà immobiliare per poi tracciare, per esclusione, anche la categoria dei mobili.

Al baricentro della codificazione del libro III è situata la terra, con tutto ciò che ne deriva.

La **terra** costituisce un'entità fisica circoscrivibile e delimitabile da confini fisici, all'interno dei quali viene concepita l'abbinata classica proprietà-sovranià.

All'interno della tradizione umanistica la terra assume un significato particolare, da cui deriva:

1. L'inviolabilità del confine fisico della proprietà consegna una ideologia del divieto di <<immissio in alienum>>
2. La centralità della terra e la sua perpetuità contagia anche la concezione del dominio → la perpetuità diviene un attributo di ogni forma di proprietà e non soltanto il carattere eccezionale della terra rispetto alla varietà dei beni che sono accomunati da una durata temporale circoscritta. La conseguenza di tale idea di perpetuità dei profili oggettivi del dominio e l'espulsione dal centro della riflessione sulla proprietà di quei diritti reali temporalmente limitati (che hanno una funzione essenziale negli ordinamenti di common law)
3. da centralità della terra comporta lo sbilanciamento favore del godimento, rispetto a disposizione e alla tutela. La maggior parte delle regole contenute nel libro III sono dedicate a circoscrivere il potere di godimento, mentre il potere di disposizione e quello di tutela sono abbandonate sullo sfondo e ricevono disciplina altrove (libro 4 e 6).

Fra gli immobili si colloca in primis il suolo (ciò è comune a tutta la tradizione occidentale). Molte regole giuridiche sono state pensate ed elaborate con aumenti suolo, un'entità psicologicamente idonea a soffrire la garanzia dell'immobilità, della proprietà e dell'assenza di rischio. Il suolo assorbe le utilità economiche dell'evoluzione della specie umana e, salvo rari casi, questo processo di santificazione della ricchezza (e accrescimento del valore) non può prendere nel lungo periodo una piega negativa. Infatti l'investitore avverso al rischio tenderà ad accaparrarsi il suolo, perché potrà per il suo tramite arricchire la propria progenie → quindi la trasmissibilità agli eredi diviene una delle principali molle motivazionali dell'individuo capitalista. In realtà il legame fra gli incentivi creati dalla situazione domenicale e la trasmissibilità mortis causa dei beni si potrebbe argomentare l'opposto → infatti gli incentivi creati dalla proprietà non sono assenti per la maggioranza dei beni, che non hanno carattere di perpetuità; inoltre la trasmissione intergenerazionale delle ricchezze avviene oggi in larga misura attraverso meccanismi estranei al diritto delle successioni; infine, poiché l'efficienza globale del sistema aumenta in funzione della capacità di trasmissione delle conoscenze, un sistema che tre incentivi alla trasmissione della proprietà fra vivi, penalizzando la successione a causa di morte, incentiva trasmissione delle conoscenze necessarie per la gestione produttiva della proprietà.

Per comprendere l'importanza storica del suolo, come oggetto di organizzazione critica, è sufficiente teneramente che l'avversione al rischio caratterizza la maggior parte degli individui e che storicamente il rischio imprenditoriale presenta origini recenti.

La condizione minima perché la terra costituisca un investimento sicuro è che permangano condizioni istituzionali stabili. Nessuna società umana può dirsi organizzata se non è in grado di

tutelare l'esclusiva di un determinato individuo, o di una classe di individui, su certe utilità economiche proveniente dalla terra.

Il suolo è oggetto di continue trasformazioni nel lungo periodo → ciò spiega perché l'organizzazione giuridica del suolo vada ovunque di pari passo con l'organizzazione di quanto stabilmente è con esso connesso. Man mano che la terra si trasforma e diviene un oggetto più complesso, si complicano anche i rapporti giuridici che vanno su di essa organizzati, al fine di consentire l'ordinato sfruttamento. In termini economici, le potenziali esternalità crescono in proporzione diretta alla complessità dell'uso di un determinato suolo → ciò è reso visibile dalle tragedie dei comuni e degli anticomun, Entrambe create dalla mancanza di struttura gerarchica dell'accesso alle utilità prodotte dai beni.

Il codice del 1942 sembra recepire in parte tali osservazioni quando all'art 812 recita “*Sono beni immobili e il suono, le sorgenti e i corsi d'acqua, gli alberi, gli edifici e le altre costruzioni, anche se unite al suolo a scopo transitorio, e in generale tutto ciò che naturalmente o artificialmente è incorporato al suolo*”.

L'infelice inciso circa l'unione al suolo scopo transitorio può avere una doppia natura:

- Superflua, se la transitorietà, per la durata della stessa, sia in effetti una finzione (es: casetta prefabbricata)
- assurda, perché attrae nella sfera degli immobili entità economiche prive di effettivi punti di contatto con il suolo (es: circo, che non è un'attività che comportano trasformazione permanente del suolo su cui viene impiantato, ma è un'attività occasionale).

I c.d. immobili per destinazione

Art 812 co 2 elenca i beni considerati dalla dottrina come “***immobili per destinazione***”. L'art recita: “*Sono reputati immobili i mulini, i bagni e di altri edifici galleggianti quando sono saldamente assicurati alla riva o alla rinvio e sono destinati ad esserlo in modo permanente per la loro utilizzazione.*”.

Per gli immobili per destinazione si può ripetere quanto detto per le costruzioni unite al solo scopo transitorio.

Classificando così gli immobili per destinazione, il codice dà prova del suo difetto principale, cioè l'insufficiente astrazione con cui affronta la tematica dei beni.

Sono state esigenze contingenti a portare questa equiparazione, ma queste poteva ovviarsi in via di interpretazione senza sacrificare la certezza del diritto. Tale scelta ha messo in ombra l'importanza strutturale della distinzione mobili-immobili. Così non ci si deve stupire se parte della dottrina abbia perso di vista la bipartizione mobili-immobili.

Le distinzioni in materia di beni contenute nel codice finiscono per condividere con il documento che incorpora la natura di baricentro del sistema civilistico.

Assistiamo alle conseguenze della concezione fisicista della proprietà → che è evidente nell'art 810, il quale declama una tassonomia dei beni fondata interamente sul loro fisicità e che si sente obbligata a coniare nuove categorie per quei beni che non appaiono rientrare nell'uno né l'altro.

Quindi il giurista fisicista crea una categoria nuova, per introdurre quell'ipotesi che non gli paiono fisicamente congruenti con l'uno o con l'altra principale categoria, presentando aspetti di entrambe.

Ma la categoria degli immobili per destinazione (hanno caratteristiche fisiche tanto dei mobili, quanto degli immobili) risulta povera, ma ciò non significa che questa tipologia non sia estremamente complessa. Ciò indica solo che l'incapacità di mettere a fuoco il tema centrale della locazione della titolarità delle risorse scarse, porta all'elaborazione di tassonomia inutili.

Per cui il controllo fisico di beni materiali, cui la concezione fisicista della proprietà fa riferimento, è soltanto un modello risalente di allocazione delle risorse scarse → tale modello non è più idoneo a fungere da paradigma della titolarità, perché le moltissime forme di nuovi beni richiedono concezioni della proprietà in cui intangibilità e materialità del soggetto fisico può essere rilevante, ma non decisiva. L'allocazione esclusiva di risorse scarse è un fenomeno molto più complesso di quanto si possa sperare di maneggiare con tassonomia legata al paradigma fisicista.

La costruzione fisicista della proprietà finisce per essere attratta dalla distinzione concettuale fra sé

medesima ed il possesso, una sorta di costruzione elaborata con la mente situazioni semplici.

La creazione di diverse sub-categorie (come gli immobili per destinazione) ha una duplice funzione:

1. Dal punto di vista tecnico, tale scelta si giustifica come una sorta di guida all'estensione analogica del regime immobiliare. introducendo un elenco non tassativo di immobili per destinazione, i redattori del libro III HANNO voluto evidenziare la possibilità del ragionamento analogico, in quell'ipotesi in cui le particolari esigenze, che giustificano un trattamento differenziato della terra e di quanto adesso stabilmente collegato, dovessero presentarsi.
2. Ma la funzione di segnalare che beni destinati all'uso di immobili nei condividano il regime giuridico al fine di ridurre i costi transattivi in caso di alienazione.

In realtà l'art 812 co 2 è una norma inutile, come la categoria che crea, in quanto la funzione di segnalare che questi beni condividano il regime circolatorio e di difesa degli immobili è già svolta dal regime giuridico delle pertinenze.

Le c.d. pertinenze

La tradizione civilistica francese, da noi recepita nell'art 812 cc, affianca ai beni immobili per natura quelli per destinazione. Un bene mobile può essere espressamente destinato all'uso di un immobile, nel qual caso ne condivide le sorti e il regime giuridico. Tale regime della destinazione, utilizza criteri di tipo soggettivo (cioè fondato sul potere dispositivo del titolare) allo scopo di ridurre così transattivi, nell'ipotesi di alienazione di un bene complesso (cioè composto da un aggregato di mobili ed immobili), in modo da non costringere le parti a negoziare su ogni bene che ne fa parte. Al fine di ridurre costi transattivi presiede anche il regime delle pertinenze dettato dagli art 817, 818 e 819.

Le **pertinenze** vengono definite come cose destinate in modo durevole al servizio o ad ornamento di un'altra cosa. Quest'ultimo costituisce la cosa principale, che estende il proprio regime alla cosa accessoria, salvo patto contrario.

La giurisprudenza ritiene che la valutazione del vincolo pertinenziale è una questione di fatto, di competenza del giudice di merito. Inoltre ritiene che il valore relativo al bene principale e dell'accessorio non sia criterio decisivo, anche se importante, ma ciò che conta sarebbe il vincolo funzionale oggettivo di ornamento o di servizio.

Art 818 cc stabilisce che *“gli atti e i rapporti giuridici che hanno per oggetto la cosa principale comprendono anche le pertinenze, se non è diversamente disposto”*, ma ciò non toglie che *“le pertinenze possono formare oggetto di separati atti o rapporti giuridici”*.

Un tal apparato normativo in vita l'interprete a dettare criteri, volte stabilire in quali casi un bene possa dirsi pertinenza di un altro. La dottrina più moderna propone una lettura di tipo oggettivo del rapporto pertinenziale, nel senso che esso non deriverebbe dalla volontà del proprietario della cosa principale o di chi ha un diritto reale sulla medesima, ma dipenderebbe dalle oggettive circostanze di ciascuna ipotesi. Perciò il giudice dovrebbe valutare se dalle circostanze del caso possa inferirsi un tale rapporto.

La casistica italiana è variegata e contraddittoria → es: si trovano pronunce contrastanti circa la natura pertinenziale del sottotetto-soffitta rispetto all'alloggio dell'ultimo piano.

Una norma, che qui pare il regime giuridico di beni aventi natura economica diversa, si giustifica solo in quanto batti i costi transattivi, in misura maggiore dei costi introdotti dalla separazione fra natura economica è regime giuridico.

Per cui la lettura oggettiva del rapporto pertinenziale è da preferirsi solo nella misura in cui la facoltà di deroga riconosciuta dall'art 818 co 2 vengono utilizzati in modo tale da introdurre elementi di confusione, relativamente alla conformazione delle sfere proprietarie.

Tutte le codificazioni dell'area romanistica hanno sentito il bisogno di introdurre norme speciali relative alle pertinenze → Probabilmente la deroga al normale regime fra beni diversi e idonee ad abbassare i costi transattivi in solo in certi casi.

In materia sarebbe necessaria maggiore chiarezza → ma ciò è impedito:

- In primo luogo dalla scissione del rapporto pertinenziale in un elemento soggettivo ed uno oggettivo e l'osservazione che il primo può avere carattere tacito
- in secondo luogo il rifiuto della cassazione di svolgere il suo ruolo monofilattico

Ciò che potrebbe restituire chiarezza ad un settore, che dà eccessivo spazio la discrezionalità ex post del giudice, è il riconoscimento che il vincolo pertinenziale è questione di diritto.

Ci troviamo di fronte a quelle ipotesi in cui qualunque sia la regola si favorisce l'efficienza. La categoria delle pertinenze ha una funzione quasi interamente giocata nel momento del trasferimento, così i costi transattivi fra le parti, che rinegoziano, sono bassi: quale che sia la scelta (se cioè un bene sia o no da considerarsi pertinenza) l'efficienza prevale. Ciò che risulta in quest'ambito costoso è la non scelta, perché nel dubbio i costi transattivi aumentano. Per cui ci troviamo in un'ipotesi in cui la cassazione sbaglia a non svolgere la sua funzione monofilattica → dichiarando il vincolo pertinenziale una questione di fatto, essa trasferisce la scelta proprietaria al giudice di merito e far prevalere il criterio fattuale delle circostanze del caso concreto (che magari serve ragioni di equità) sulle esigenze di razionalità ed efficienza del sistema → si crea un conflitto fra giustizia del caso concreto ed efficienza sistematica, che portano il giudice italiano a far prevalere la prima, senza rendersi conto che la sua scelta si trasformerà in maggior litigiosità e maggior ingiustizia futura, precludendo le parti l'accordo.

La discussione condotta va le tanto se ci si attenga ad esemplificazioni figlie della concezione fisicista della proprietà, quanto se ci si voglia rompere con la stessa, per recuperare una visione più complessa del problema dell'allocazione della titolarità delle risorse scarse.

Per quanto riguarda il regime giuridico delle pertinenze: i beni accessori si trasferiscono all'acquirente del bene principale automaticamente, e senza bisogno di essere espressamente menzionati. chi vanta diritti sui beni necessari deve documentarli con atto scritto, avente data certa anteriore al trasferimento medesimo, se vuole prevalere sul terzo acquirente di buona fede (art 819). L'ipoteca iscritta sul bene principale è da considerarsi estesa alle pertinenze. Lo stesso è a dirsi nel caso di espropriazione forzata.

Art 26 legge 1985 n°47 → introduce un regime particolare volto a fare dei posti macchina pertinenze di unità immobiliari residenziali. La cassazione ha interpretato una norma come un vincolo di strumentalità necessaria, quasi inderogabile (in quanto alla deroga comporterebbe esternalità).

Le universalità di mobili

Molto di quanto detto sugli immobili per destinazione e sulle pertinenze potrebbe ripetersi per un'altra categoria di modesta importanza, cioè quella delle universalità di immobili disciplinata dall'art 816. anche in queste ipotesi un insieme di beni mobili viene sottoposto ad un regime differenziato, per quanto riguarda la tutela circolazione più simile a quello degli immobili.

Sul piano fisico → universalità di mobili = è un insieme di beni di per sé distinti, ma collegati fra loro da una destinazione unitaria.

Es: biblioteca, gregge, azienda, eredità.

Dal punto di vista funzionale → la categoria dell'universalità di mobili Non si può distinguere rispetto quella della pertinenza → lo scopo della riduzione altra unità è per entrambe la riduzione dei costi transattivi sia in sede di trasferimento, sia in sede di tutela. La cassazione stabilisce che la prova della proprietà dell'universalità evita al titolare di dover provare tempi e modi di acquisto di ciascun componente.

Le principali differenze del regime giuridico fra universalità e di bene mobile semplice sono:

1. sottrazione alla regola " possesso vale titolo" dell'art 1156
2. l'estensione della disponibilità dell'azione di manutenzione dell'art 1170 e l'applicazione dei termini dell'usucapione immobiliare di cui all'art 1160

Dal punto di vista teorico → l'importanza della norma è essenziale, perché accoglie nel nostro ordinamento l'idea di proprietà dell'organizzazione. Prende corpo sempre +1 nozione ampia di oggetto della proprietà, che trascende i confini della fisicità dei beni, Per abbracciare qualsiasi risorsa, materiale od immateriale, che attribuisca al suo titolare il godimento e la disposizione delle sue utilità in via esclusiva.

La nozione di universalità di mobili opera una raccolta preziosa fra diritto civile diritto commerciale → come la stessa idea di aziende risulta un corpo senz'anima al di fuori di una teoria dell'impresa, altrettanto l'idea di universalità di mobili risulta priva di senso senza nozione di proprietaria dell'organizzazione (cioè di quel soggetto che il diritto pone nelle condizioni di poter rivendicare il valore residuo). In questa teorica, il proprietario è il soggetto avente il potere di scegliere nella gestione dei suoi beni fra il mercato ed il contratto (gestione separata dei componenti) e la gerarchia organizzativa (universalità di mobili). Il fatto che la seconda ipotesi trovi riconoscimento nel codice, è il riflesso normativo di un duplice fattore:

1. L'organizzazione immette un valore aggiunto rispetto ai beni componenti ed è di per se stesso un bene immateriale
2. L'utilizzo dinamico, tipico dell'organizzazione, presenta problemi di esternalità fisiologiche, perché la separazione dei diritti proprietari collegati all'universalità non è agevole. Infatti l'organizzazione è al minimo capace di assorbire e rendere irriconoscibili dei suoi componenti beni altrui, sicché regole speciali sono necessarie per la separazione delle sfere proprietarie.

La dottrina giurisprudenza italiane ci consegnano il consueto panorama di elaborazioni concettuali → ci si affanna a distinguere l'universalità della cosa composta e dalla cosa semplice, si discute sulla necessità che l'omogeneità dei beni, sulla natura soggettiva od oggettiva del vincolo di destinazione. Ma la conseguenza pericolosa di questi concettualisti nella riduzione della categoria ad un concetto precisamente definita e castrato di ogni potenzialità teorica.

I c.d. mobili registrati

La categoria dei mobili registrati trova la sua ratio nel mondo della responsabilità extracontrattuale. In questa ipotesi, il codice ha operato l'equiparazione parziale nel regime giuridico dei beni mobili ed immobili limitato all'aspetto del circolazione della tutela.

Art 815 è intitolato ai beni mobili iscritti in pubblici registri e dispone che essi “*sono soggetti alle disposizioni che li riguardano e, in mancanza, alle disposizioni relative ai beni mobili*”.

Es di bene mobile registrato: automobile.

Tali beni sono stati ripartiti agli immobili, per quanto riguarda la pubblicità. Nel caso dell'aeromobile e della nave, la pubblicità è reale, nel senso che gli atti registrati fanno riferimento al bene e non al nome del suo titolare. Nel caso di iscrizione dell'automobile al Pubblico Registro Automobilistico (PRA) sorge una presunzione semplice di proprietà dell'iscritto.

La formulazione dell'art 815 si comprende alla luce della tendenza della dottrina a focalizzare la propria attenzione sull'uso, piuttosto che sulla disposizione e sulla tutela; ma a ben guardare il nostro diritto dedica a tale categorie di beni un regime giuridico più simile a quello degli immobili, piuttosto che dei mobili.

I beni mobili registrati sono tipicamente mezzi di trasporto, soggetti ad un penetrante regime pubblicistico, volto a farsi carico della pericolosità estrema insita nella circolazione → quindi il problema dell'allocatione della titolarità si configura come quello dell'individuazione di un soggetto responsabile; per cui la proprietà è qui centro di imputazione di responsabilità e doveri (piuttosto che poteri ed immunità).

Quale che sia la ratio dell'equiparazione, non si possono risparmiare le critiche legislatore per aver creato una regola non rispondente alla maggior parte dei casi, che non tiene conto che l'utilizzo di tali beni non è privo di esternalità. Sarebbe stato meglio, in mancanza di regole specificamente dettati per i mobili registrati, equipararne il regime agli immobili, visto che le esternalità sono la regola nell'uso e non solo nella circolazione.

Si possono muovere critiche anche alla giurisprudenza, in quanto ha sostenuto che la circolazione dei mobili soggetti a registrazione, ma non effettivamente registrati, è soggetta alla disciplina dei beni (mobili) comuni. In tal modo, si perde un'occasione per colpire con una regola di inalienabilità i successivi trasferimenti, incentivando l'acquirente, e non solo l'alienante, ad effettuare la registrazione.

Dal punto di vista del godimento, i mobili registrati non presentano peculiarità criticamente degne

di nota.

Alcuni “commons”; i c.d. beni demaniali e quelli appartenenti allo Stato e ad altri enti pubblici.

Nel diritto italiano, il legislatore ha scelto di sottrarre certi beni dalla proprietà privata.

La ricerca di una ratio unica sarebbe un'operazione ingenua, perché nelle norme che il codice ha dedicato questa materia sono formalizzati diversi incidenti storici, accanto scelte di politica del diritto.

Sul piano economico, l'opzione di sottrarre un bene alla proprietà privata risulta efficiente, solo nella misura in cui sussistono problemi di beni pubblici, cosa che si verifica per una parte dei beni che rientrano nel demanio (es: porti, strade).

Sul piano delle scelte istituzionali, risulta più discutibile se il luogo migliore per operare una tal opzione sia il codice civile.

Art 822 esordisce con una elencazione tassativa di certi beni che risultano sottratti alla proprietà privata e che la tradizione classifica come parte del demanio necessario: il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti, i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia e le opere destinate alla difesa nazionale.

L'art 823 prevede l'inalienabilità di tali beni; inoltre la loro tutela giuridica spetta alla PA sia in via amministrativa che civile.

L'essere titolare di un apparato rimediare di tipo civilistico sembrerebbe conferire alla PA un diritto assimilabile alla proprietà privata → Così non è, perché dei beni del demanio naturale essa non può disporre, e riguardo ad alcuni (spiagge, fiumi), essa non può escludere; riguardo ad altri l'esclusione può essere energica.

La formulazione dell'art 822 introduce notevoli economie, dovuto alla chiarezza con cui manifesta tutti che certi beni non possono formare oggetto di proprietà privata (spiagge). In altre ipotesi l'art 822 non è sufficiente, è così necessario orientarsi nella griglia delle leggi speciali relative alle acque, per poter escludere certi beni dalla materia della proprietà.

Se fallisce nella sua emissione chiarificatrice, anche la categoria del demanio necessario (che costituisce un rinvio espresso allo statuto giuridico di ciascuno dei beni in esso compresi, come Strade, autostrade, acquedotti, immobili riconosciuti di interesse storico, archeologico ed artistico ecc) sono assoggettati al regime a cui rinvia l'art 823.

L'art 823 comprende un elenco di beni che, qualora in proprietà privata, il proprietario non potrà godersi in tranquillità → Per cui chi sia coinvolto in una questione che coinvolge uno di questi beni dovrà consultare un lungo elenco di articoli di legge speciale e svolgere lunghe ricerche.

In funzione di parte generale, possono leggersi le regole relative a quei beni che si trovano nel patrimonio dello Stato e degli enti pubblici territoriali. Tale patrimonio viene diviso in:

- Patrimonio disponibile
- Patrimonio indisponibile: appartengono le foreste, le miniere, le cave e le torbiere, quando la disponibilità è sottratta al proprietario del fondo, le cose di interesse storico, archeologico, paleontologico e artistico, da chiunque in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo, i beni costituenti dotazione della presidenza della Repubblica, le caserme, gli armamenti, gli aeromobili militari e le navi da guerra, gli edifici destinati a sedi di uffici pubblici.

Anche a proposito di tali beni, può ripetersi quanto detto, con l'aggiunta che ciò che si dirà funge da statuto generale, per rinvio dell'art 828, secondo cui tali beni sono soggetti alle regole del codice civile, in quanto non sia diversamente disposto. Inoltre quanto contenuto in questo articolo, circa le cose di interesse storico ecc, scuote la titolarità del sottosuolo di buona parte del suo interesse per i proprietari fondiario. I c.d beni pubblici, con esclusione del demanio necessario, possono essere sottoposti a procedimenti amministrativi (previsti dal codice civ e disciplinati da leggi speciali), idonei a mutarne la categoria di appartenenza.

Il regime civilistico della proprietà risulta, solo limitatamente, applicabile ai beni immobili vacanti → questi beni cadono automaticamente nel patrimonio dello Stato.

CAPITOLO V

MODI DI ACQUISTO E TRASFERIMENTI INVOLONTARI

Il problema economico

Uno dei principali aspetti positivi della proprietà è la possibilità, per il titolare, di assorbire il profitto (residuale) derivanti dalla circolazione il suo oggetto sul mercato.

Nella gran parte dei benefici dell'essere proprietari deriva direttamente dall'uso del bene che ne formò oggetto, ma è comunque vero che il modo migliore per sapere valore oggettivo della proprietà è quello di conoscere a che prezzo possibile venderla. In realtà ciascuno valuta i propri beni di più del valore di mercato, diversamente che nastroteca sarebbero sempre in vendita →

Quindi l'utilità soggettiva, che si trae dall'uso dei beni, è maggiore del valore indicato dal prezzo in cui il bene potrebbe essere venduto. Inoltre molte volte si trae utilità, non dalla vendita del bene, ma dal suo trasferimento gratuito.

Il giurista, che osserva il fenomeno dal punto di vista della proprietà, parlerà di trasferimento o di modi di acquisto.

Lo studio della pietà deve occuparsi di due aspetti:

4. L'utilizzo del suo oggetto
5. il trasferimento al nuovo titolare

Tale doppio aspetto si riscontra nelle definizioni proprietarie → nel nostro codice civile, l'art 832 recita “ il proprietario ha il diritto di godere e di disporre delle cose”:
inoltre:

- c) **Uso** → Ha a che fare con l'utilità, che ciascuno trae dal conservare la proprietà; dal punto di vista del diritto di proprietà, l'uso può essere considerato un modo statico di trarre l'utilità dell'oggetto (per cui l'ordinamento giuridico, riconosciuto la sovranità del titolare, svolgerà un monitoraggio meramente negativo, volta controllare che le conseguenze dell'azione privata non ricadano su altri). Inoltre l'uso giustifica il valore di mercato di un dato oggetto (le case hanno valore perché le persone che abitano, i libri perché le persone li leggono).
- d) **Disposizione** → Ha a che fare con l'utilità che ciascuno può trarre dal cedere il diritto di proprietà ad un nuovo titolare. Dal punto di vista del diritto di proprietà, i trasferimenti della proprietà sono transazioni dinamiche, che coinvolgono il sistema giuridico. Inoltre il trasferimento è il meccanismo attraverso cui il valore della proprietà sia oggettività, mettendo in moto il mercato. Di conseguenza un sistema di trasferimenti della proprietà sicuro ed efficiente è cruciale nello sviluppo del mercato.

Dal punto di vista del diritto, le motivazioni soggettive per cui trasferimento sia avvenuto non sono rilevanti.

Il trasferimento della proprietà può coinvolgere istituzioni giuridiche diverse e può costituire un fenomeno sociale complesso, avente struttura diversificata a seconda dell'oggetto che ne sia coinvolto.

Il diritto cerca di governare la vicenda traslativa della proprietà semplificando il fenomeno e cercando di evidenziare un momento del passaggio, che possa fungere da perno organizzativo dell'intera vicenda.

L'operazione di bilanciamento, di cui il diritto deve farsi carico, e quella resa indispensabile dalla tensione fra l'esigenza dei trasferimenti semplici (poco costosi e facili), e quella del monitoraggio della vicenda traslativa, a garanzia di un ordinato funzionamento del mercato. Quindi da un lato occorre salvaguardare l'efficienza conseguente trasferimento dell'oggetto; dall'altro occorre accertarsi che gli individui trasferiscano proprietà solo quando davvero lo desiderino e che i segnali sociali successive trasferimento siano coerenti con la realtà giuridica sottostante, così che i terzi

possono fare affidamento su chi è davvero il proprietario. Per risolvere questa tensione, i vari ordinamenti giuridici utilizzano diversi schemi e diverse soluzioni.

Acquisto, trasferimento, smembramento

I modi di acquisto della proprietà si dividono in:

3. **Modi di acquisto a titolo originario** (occupazione, accessione, unione-commisione, specificazione, usucapione)

4. **modi di acquisto a titolo derivativo**

il punto sta sul sorgere della titolarità in campo dal soggetto → una differenza fra questi due modi di acquisto viene fatta passare attraverso la presenza o meno di un titolare precedente, salvo la difficoltà di conciliare questa descrizione col usucapione (il dogma sta nel conciliare imprescrittibilità della proprietà con l'usucapione, che è un modo di acquisto originario fondato sul possesso e sul decorso del tempo).

Le difficoltà di questi inquadramento si fanno sentire anche di fronte all'occupazione. Le medesime regole si applicano tanto nel caso in cui un bene non sia mai stato in proprietà di alcuno, quanto in quelli in cui un bene, di un precedente proprietario, sia stato abbandonato.

Per meglio chiarire si può inquadrare il fenomeno dal punto di vista della sua natura economica → Negli acquisti titolo originario, non vi è alcun soggetto, che trae beneficio dal bene; quindi il riconoscimento del diritto di proprietà sarà efficiente, perché non vi era momento alcun soggetto che trae utilità da quel bene → o meglio alla crescita di utilità di un soggetto non consegue la diminuzione di utilità di un altro soggetto.

L'idea di acquisto titolo originario appare oggi una categoria recessiva. Infatti oggi la maggior parte delle risorse hanno proprietario, per cui nella maggior parte dei casi gli acquisti sono tipo derivativo. Inoltre nelle più importanti ipotesi di risorse non appropriate che si possono immaginare nel mondo moderno tecnologico, il modello di acquisto titolo originario, legato all'idea dell'occupazione, ha potenziale esplicativo basso, se la nozione oggettiva di proprietà resta legata alla materialità dell'oggetto (ciò è evidente nell'esempio della proprietà negativa dei rifiuti o delle scorie radioattive).

La nozione di acquisto titolo originario recupera portata teorica in un discorso in cui l'oggetto della proprietà non coincide necessariamente con il bene materiale → sono le ipotesi, ad esempio, dell'acquisto della proprietà di un'orbita satellitare, di una frequenza radio televisiva, il sito Internet, di un brevetto → in questi casi, il riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico che in diritto di proprietà sulla risorsa diviene una scelta istituzionale delicato, da valutarsi caso per caso, in quanto può stimolare investimenti importanti nella ricerca ma può anche spingere l'occupazione della risorsa pure scopo di creare una rendita di posizione.

Anche nell'analisi dei modi di acquisto della proprietà il discorso può essere condotto solo in modo articolato e variabile, a seconda dei beni che ne siano coinvolti.

Quindi il tema del trasferimento della proprietà può essere inquadrato in due modi:

- Da un lato osservando il trasferimento della proprietà come processo dinamico che retribuzione formale di prerogative proprietarie in campo i diversi soggetti coinvolti
- dall'altro dovremmo chiederci se e in che misura tale parziale attribuzione possa costituire uno smembramento della proprietà.

Per chiarezza terminologica:

- **Trasferimento parziale della proprietà** = mira a cogliere il rapporto fra soggetti coinvolti ed ha una portata maggiormente relazionale
- **smembramento** = mette al centro di aspetti oggettivi della relazione, cioè il suo impatto sul diritto di proprietà come oggetto

Verso una tassonomia dei trasferimenti

si deve smentire ad quanto detta circolare eccessività dell'ipotesi di acquisto della proprietà, senza una corrispondente perdita (acquisti a titolo originario).

In tutte le ipotesi in cui l'acquisto della proprietà segue al decesso di un'altra persona ci troviamo di

fronte ad acquisti senza corrispondenti perdite → ma la tradizione giuridica occidentale consegna al diritto il compito di curare passaggi generazionali della proprietà, sicché gli acquisti per successione non sono stati classificati al titolo originario, ma sempre titolo derivativo.

Inoltre nella tradizione romanista (diversamente che nel common law) i trasferimenti della proprietà mortis causa non sono mai stati considerati come parte del diritto di proprietà (la cosa mal si concilia in materia immobiliare perché è una delle ragioni che rendono la terra economicamente diversa dai beni mobili è la sua capacità di assorbimento del plusvalore generazionale).

Si deve osservare la proprietà nelle sue vicende globali, per scorgere due modelli di trasferimento che attraversano la tradizione occidentale:

8. **Trasferimento volontario** = opere in virtù della volontà del titolare manifestato nel opportune forme
9. **trasferimento non volontario** = opere in virtù del diritto, indipendentemente dalla volontà del proprietario

Il regime giuridico dei beni è sempre la risultante dell'interagire fra la volontà di individui privati e le regole dettate dall'ordinamento. Le regole poste dall'ordinamento possono fungere da default, cioè scattare in assenza di volontà contraria o, in altre ipotesi, possono essere imperative, cioè disinteressarsi della volontà contraria del titolare.

Nel di italiano il trasferimento volontario mortis causa opera tramite un istituto formale, il testamento, mentre il trasferimento involontario si sostanzia nelle regole di successione intestata ed anche attraverso l'istituto della legittima (cioè in regole imperative, che operano anche contro la volontà del testatore, a tutela degli interessi del gruppo familiare ristretto).

Inoltre può osservarsi che la ripeté immobiliare per tutto quanto concerne trasferimenti mortis causa si confonde con quella mobiliare nella categoria del patrimonio (che funge di riferimento per il diritto delle successioni).

Sia i trasferimenti immobiliari volontari fra vivi, sia quelli involontari, abbracciano anche aspetti del regime proprietario, che tradizionalmente in civil law vengono trattati in luoghi diversi dal diritto di beni, come il contratto.

Il contratto il principale strumento di governo del mercato ed il luogo in cui i trasferimenti volontari inter vivos della proprietà avvengono in massima parte. ma ci sono compresi ipotesi di acquisto della proprietà, che non avvengono sul mercato, ma in cui il diritto di proprietà viene locato d'un individuo, in virtù di circostanze diverse dal averlo direttamente acquistato da qualcun altro → a quest'ipotesi corrispondenti all'attività del ritrovamento di un rifugio, alla caccia, alla testa, alla raccolta e all'attività di ritrovamento casuale di un bene o di una semplice creazione di nuovo bene. → sono ipotesi recessiva, di cui si farà carico il contratto.

Osserveremo due ipotesi di acquisto originario del diritto di proprietà su di un bene, che prima non era parte del circuito proprietario, a forme più complesse di acquisti, cui corrispondono perdite non volontarie in capo precedenti proprietari. Si tratta di ipotesi accomunate in negativo dalla mancanza di volontà traslativa di un diritto di proprietà nella sua interezza o in alcune delle sue componenti.

Si consideri l'art 2932, tizio stipulato un contratto preliminare in cui si impegna a vendere un bene, se ne pente per una ragione non tutelata dall'ordinamento e di conseguenza non si presenta all'appuntamento dal notaio. Caia può ottenere una sentenza che surroga alla volontà di tizio e trasferisce il bene (quindi la sentenza trasferisce la proprietà in mancanza di volontà traslativa).

Simili trasferimenti si verificano a seguito di un'espropriazione forzata che segue processo civile, della confisca di beni appartenenti mafiosi, di una dichiarazione di fallimento ecc e a seguito di molte ipotesi estranee alla materia dei diritti sui beni. Tale estraneità viene giustificata con l'osservazione secondo cui queste vicende sono pertinenza del diritto processuale o del diritto pubblico, in quanto vedono coinvolti organi giudiziari o amministrativi.

Vi sono altre ipotesi di trasferimenti involontari, che la tradizione civilistica affronta in materia di proprietà: Usucapione, trasferimenti a non domino. Esistono poi diverse ipotesi di cessione immobiliare.

Trasferimenti a titolo originario e trasferimenti involontari della proprietà:

1) Occupazione = è la presa di possesso di una cosa mobile, accompagnato dall'animo di farla propria. Riguarda le cose mobili che non sono in proprietà di nessuno o per non esserlo mai state (*res nullius*) o Per essere state abbandonate (*res derelictae*).

Art 827 stabilisce che i beni immobili, che non sono in proprietà di alcuno, spettano al patrimonio dello Stato.

Tale norma con una precedente lacuna e pone fine alla disputa dottorale circa l'occupabilità dei beni immobili vacanti.

La disposizione significa che nel diritto italiano nessun immobile può essere privo di proprietario. Dato che tutta la proprietà immobiliare a un titolare, se ne deve dedurre che non è possibile un'acquisto della proprietà senza una corrispondente perdita in capo qualcun altro. ciò rende infelice per i beni immobili la categoria degli acquisti titolo originario, che è concepibile solo per alcune ipotesi di poca importanza (es: caduta di un meteorite sul fondo di taluno).

L'art 827 non esclude la privata appropriazione di beni immobili abbandonati → il privato potrà sempre acquistarli per usucapione possedendoli per vent'anni (art 1158). Quindi la regola per cui gli immobili non sono mai privi di proprietario e esclude la possibilità di considerare lo squatter in buona fede (egli non può possedere il bene ignorando di lettere altrui diritto).

L'art 827 non costituisce una soluzione felice della diatriba sulla occupabilità degli immobili: ne disincentiva il recupero delle messe in valore da parte degli elementi più marginali della società, i quali sono anch'essi titolare di un diritto ad un'abitazione. L'allocazione della proprietà allo Stato dimostra l'approccio autoritario dell'ordinamento (insieme ad una scarsa sensibilità ai benefici generali della proprietà).

L'atteggiamento critico nei confronti giunta l'approccio dello stato di polizia risulta giustificato se si riflette sull'occupazione acquisitiva → questo istituto presenta la caratteristica strutturale dell'acquisto della proprietà, giustificato dal fatto compiuto del controllo fisico di un bene (in tal caso ad opera della PA). Per cui quello che è vietato ai privati in materia immobiliare, è consentito alla PA, pur in mancanza dell'elemento fondamentale che giustifica sul piano economico l'occupabilità, cioè l'assenza di un soggetto che trae utilità dal bene. Tale assenza sussiste anche nell'ipotesi degli immobili abbandonati, sicché l'acquisto della proprietà in capo al senzatetto risulterebbe, oltretutto dettato da principi di solidarietà sociale anche ed efficiente. Ma questo elemento fondamentale è assente, nelle ipotesi di occupazione acquisitiva, laddove la PA Occupa un bene che a un titolare che ne trae utilità.

Tutto ciò per mostrare che la diversità del problema dovrebbe spingere per l'assoluzione esattamente opposta: occupabilità degli immobili vacanti e non ammissibilità dell'occupazione acquisitiva.

Il codice civile limita l'occupazione ai beni mobili alla presenza di tre presupposti:

- Mancanza di un proprietario (il bene deve essere *res nullius*)
- volontarietà dell'acquisto
- suscettibilità del bene ad essere protetta privata (non si deve trattare di un bene fuori commercio)

Questi principi possono essere applicati a regime di animali e di pesci.

Il regime codicistico riflette le origini di questo modo di acquisto della proprietà, fondamentali in una società pre-moderna fondata Sulla caccia, la raccolta e l'allevamento del bestiame. Questo modello sociale non è completamente sparito, sicché la scarsità della giurisprudenza va interpretata come una chiarificazione dei diritti proprietari e nella prevenzione dei conflitti.

L'evoluzione sociale in effetti il mutamento del ruolo della caccia d'attività primarie di sussistenza a svaghi discutibili → anche l'occupazione, come modo di acquisto, riflette questi mutamenti, perdendo la centralità di un tempo.

Animali selvatici → La legge speciale sulla caccia muta il regime giuridico degli animali selvatici, trasformandoli da *res nullius* (occupabile) a patrimonio indisponibile dello Stato → di conseguenza l'attività di occupazione degli animali selvatici coincide con la fattispecie penale del furto. La caccia stagionale resta ammessa per quelle specie per cui sia espressamente consentita a chi abbia

acquistato la licenza. In questo caso, l'attività di occupazione completerà un processo di privatizzazione del bene: dal momento della pensione in avanti, l'animale morto sarà soggetto alle regole privatistica. La fattispecie occupativa (quindi la regola del controllo fisico) risolverà anche il conflitto fra i cacciatori che si contendono lo stesso animale.

Animali non selvatici → Tutti gli animali non selvatici (cioè sia quelli domestici sia quelli mansuefatti) non sono occupabili. Il codice descrive il regime giuridico delle api, dei conigli, dei pesci di allevamento e di colombi, tutte deroghe al principio dell'occupazione, coerenti con il principio fondamentale.

Pesci → L'occupazione è ancora un istituto cardine, per quanto riguarda il regime di appartenenza dei pesci che, se in stato di libertà naturale, vengono disciplinati come beni fuggitivi → La natura di res nullius del pesce fa acquistare la proprietà a chi lo occupa, sia costui o meno autorizzato (non sarà prevista la fattispecie del furto per la pesca come invece accade per la caccia).

Raccolta → è una situazione recessiva, non incoraggiata dal diritto per ragioni ecologiche. Nella raccolta di frutti spontanei, il raccogliitore occupa volontariamente un bene, acquistandone la proprietà, se si tratta di res nullius, e acquistandone solo il possesso, se questi appartengono a qualcuno.

L'appartenenza o meno a qualcuno dipenderà dalla misura in cui i principi dell'accessione siano considerati applicati nell'ipotesi di piante, tartufi e funghi oppure se il regime speciale, che disciplina molte di queste ipotesi, costituisca una deroga, di cui all'art 934.

Ritrovamento (o invenzione) = ritrovamento della cosa smarrita

è un'ipotesi a cavalcioni tra l'acquisto originario quello derivativo. Infatti la cosa smarrita non è abbandonata, perché alla fattispecie della derelictio è connaturato alla volontà di non essere più proprietari. Nella maggior parte dei casi, il segnale sociale, proveniente dalla natura e dal valore dell'oggetto, è sufficiente per distinguere le ipotesi (difficilmente una macchina fotografica nuova sarà abbandonata).

L'invenzione (come l'occupazione) si configura come un sistema istituzionale di ri-introduzione di un bene nel circuito proprietario per trarne benefici sociali dell'appropriazione privata dei beni non pubblici.

Mentre nel caso di un bene abbandonato, il sistema più economico per raggiungere lo scopo è l'allocazione della proprietà al ritrovatore, nel caso di smarrimento l'ordinamento compie benefici di allocarlo al ritrovatore con i costi di riallocarlo presso il proprietario. Il nostro ordinamento fa prevalere i secondi, imponendo al ritrovatore, che desidera acquistare la proprietà, costi di natura procedurale ed imponendone altri al pubblico erario. Il codice dedica cinque articoli a questo meccanismo (art 927-931):

Si ritrova una cosa smarrita deve riconsegnare al proprietario, oppure al possessore, oppure al detentore.

Se non riconosce, deve recarsi presso il primo cittadino e depositare il bene, dando conto delle circostanze del ritrovamento. Il sindaco affiggerà annuncio per due domeniche consecutive. Il proprietario ha un anno di tempo per presentarsi, pagare le spese e riottenere il possesso del bene, pagando al ritrovatore che lo richieda il 5% del valore del bene o altra cifra stimata dal giudice, qualora non vi sia un prezzo di mercato. Trascorso l'anno sarà il ritrovatore che, pagate le spese, diventerà proprietario.

Il diritto avrebbe anche potuto allocare il bene direttamente al ritrovatore, incollando così maggiori oneri di monitoraggio al proprietario del bene smarrito.

Le regole sull'occupazione e quelle sull'invenzione competono nelle zone grigie, in cui il segnale sociale, proveniente dalla natura del bene, non è chiaro.

Es: cane ritrovato per strada → non si può essere sicuri se il cane si è abbandonato o perso.

2) Specificazione = *se taluno utilizza una materia che non gli appartiene per formare una cosa nuova, in determinate circostanze acquista la proprietà della res nova.*

È un fenomeno economico in cui taluno diviene proprietario al di fuori del circuito del mercato. Es: chi raccoglie i legni in montagna e costruisce un manufatto; chi crea dal fango una terracotta. I giuristi si preoccupano dell'eventualità in cui l'assemblatore utilizzi risorse che sono in proprietà di qualcun altro ed in cui quest'ultimo pretenda di essere proprietario del nuovo bene.

La specificazione viene inquadrata come un'ipotesi in cui il lavoro prevale sulla proprietà. Tale ricostruzione è legato a dire dell'accessione, per cui la proprietà dovrebbe assorbire qualsiasi trasformazione.

Dal punto di vista teorico → si possono porre in luce alcuni aspetti importanti. Innanzitutto, la fattispecie della specificazione corrisponde ad un'attività sociale in cui le risorse, che vengono messe in valore, non necessariamente appartengono qualcuno. Es: caso in cui Tizio raccoglie legna in una foresta pubblica o argilla sulla riva di un lago pubblico e costruisca manufatti → si può sostenere che all'origine dell'acquisto c'è l'occupazione e non la trasformazione.

La differenza fra occupazione e specificazione è che in questo secondo caso non è necessario che i materiali grezzi non abbiano proprietario → es: nel caso di chi raccoglie legna in un bosco di un proprietario → il proprietario del bosco potrà farsi restituire la legna se chi l'ha raccolta non l'ha ancora trasformata (infatti la legna non può considerarsi *res nullius* o *derelicta*, per cui non è occupabile); mentre in caso abbia trasformato la legna in un carretto, il proprietario del fondo non può pretendere la restituzione della legna.

Ciò significa che l'attività di trasformazione è incentivata dal diritto, maggiormente della semplice attività di apprensione → infatti la prima è socialmente più utile della seconda e riflette l'organizzazione di una società che valorizza la specializzazione e la divisione del lavoro.

Ogni sistema giuridico non può che incentivare la creatività, che trasforma risorse di scarso o poco valore in manufatti con un valore di mercato (es: per incentivare la ricerca dell'inventore, gli viene allocata fra proprietà di un brevetto ecc oppure per incentivare la produzione letteraria, allo scrittore viene conferita la proprietà del diritto d'autore → queste sono ipotesi più complesse rispetto alla semplice specificazione, in quanto non si tratta di beni materiali, per cui si dovrà creare un circuito proprietario è interamente astratto e porsi problemi come quello della durata del diritto di proprietà).

Tutto ciò è vero, a patto che la sovversione del precedente assetto proprietario che ne derivano sia importante → nel caso in cui non sia (cioè nel caso in cui i beni specificati appartengano a una nuova categoria merceologica, ma se i restanti in quella precedente, avrebbero comunque avuto valore rilevante), il problema diventa diverso, perché se il diritto premia con il conferimento della proprietà si trasforma senza titolo un bene altrui di rilevante valore, creerebbe incentivi socialmente distruttivi. Infatti la specificazione costituisce un principio strettamente mobiliare, perché la proprietà fondiaria è sempre parte di una categoria merceologica di apprezzabile valore.

Ma non deve sorprendere se il principio della specificazione, nella società moderna della produzione industriale, abbia un ruolo marginale perché le risorse scarse sono già state allocate in proprietà con impresa e contratto.

Supposto che le regole sulla specificazione mirano a risolvere il conflitto fra due individui (proprietario del bene appartenente alla vecchia categoria merceologica e colui che ha trasformato il bene spostandolo in una nuova categoria):

- Il vecchio modello faceva prevalere il proprietario del bene appartenente alla vecchia categoria merceologica, salvo che il valore della manodopera oltrepassasse notevolmente quello della materia prima.
- Il nuovo modello invece fa prevalere lo specificatore, che acquista la proprietà, salvo che il valore della materia prima non oltrepassi notevolmente quello della manodopera.

Art 940 cc stabilisce che *“se taluno ha adoperato una materia che non gli apparteneva, per formare una nuova cosa, possa o non possa la materia riprendere la sua prima forma”* ne acquista la proprietà, pagando al proprietario il prezzo della materia, salvo che il valore della materia sorpassi notevolmente quello della manodopera.

Applicando il teorema di Coase vedremo che i due regimi introducono incentivi analoghi sul piano nazionale, se le parti sono libere di negoziare fra loro → il bene trasformato varrà di più per colui la cui organizzazione è mirata a commercializzare lo stesso, di quanto non vada per i proprietari della

materia prima → quindi il primo acquista il bene; se invece la materia prima vale di più del bene trasformato, essa sarà attratto dall'organizzazione economica del proprietario originario.

Quindi è il titolo, in forza del quale la trasformazione avviene, ad essere rilevante, perché è questo che determina il regime dell'attribuzione dell'utilità.

Secondo la più autorevole dottrina, la norma ha una duplice funzione:

- C) Determina il regime di rischi proprietari tra il committente e il trasformatore
- D) garantisce al terzo di chi acquista, di acquistare sempre a domino

ma anche queste funzioni si sembrano labili:

- Riguardo la prima funzione → il regime dei rischi dipenderà da come il titolo, che giustifica la trasformazione, sia qualificato (es: Appalto, deposito, fallimento ecc avranno il loro regime dei rischi).
- Riguardo alla seconda funzione → ci si domanda se davvero se ne sente il bisogno. Proteggere a valle del processo produttivo chissà che il bene specificato non appartiene al suo dante causa significherebbe guadagnare ripedi terza dei traffici avvale di un processo produttivo che garantisce sempre il buon titolo, ma lo si perde a monte dello stesso perché il proprietario della materia prima risulta disincentivato a ricorrere al mercato per sua trasformazione. Ne segue un incentivo a utilizzare l'organizzazione gerarchica interna, invece del mercato. La tutela del terzo in malafede impone sul titolare della materia prima un prezzo di monitoraggio eccessivamente alto a discapito della possibilità di divisione del lavoro.

Il fenomeno della specificazione difficile da immaginare il processo produttivo industriale, è di agevole percezione in quello artigianale, dove valore aggiunto dalla manodopera su ciascuna unità è sicuramente più alto della materia prima e perfettamente individuabile.

3) Unione e commistione (detta anche *accessione di mobile a mobile*) = si verificò quando due o più cose mobili, appartenenti a diversi proprietari, vengano ad unirsi in modo tale da formare una sola cosa, che non è possibile separare senza danno.

Il fenomeno è anche noto come accessione di mobile a mobile ed è simile al fenomeno della specificazione. La sola differenza è che il bene, sulla cui titolarità si contende, non è solo la risultante del valore aggiunto di trasformazione, ma anche di apporto di capitale, nel senso che viene costituito dall'unione o commistione di due cose materiali, una delle quali appartiene a chi trasforma.

La dottrina si sforza di distinguere la res composita, così trasformata, dalla res nova, di cui la specificazione.

La comparazione fra le poste in gioco, per vedere quale delle due pretese proprietarie debba prevalere, deve tener conto non solo del valore aggiunto, ma anche del conferimento materiale. tuttavia il codice si interessa solo del fatto compiuto (cioè la presenza di una res composita).

La disciplina positiva fa largo uso del rinvio analogico al principio fondamentale in materia di comunione, per cui ciascun comproprietario può chiederne in qualsiasi momento lo scioglimento (art 1111). Se le cose sono separabili ad un costo ragionevole, ciò può avvenire tramite separazione fisica a spese comuni. Se la divisione fisica ha un costo sproporzionato, ciascuna parte può chiedere me la vendita e ottenere la propria quota.

Tutto ciò non crea particolari problemi, se non quelli di stima.

L'art 939 co 2 cc in posta il problema come un caso di trasferimento involontario della proprietà, di minor valore, a favore di quella di sostanziale maggior valore.

Il proprietario riconosciuto come principale deve poi operare le compensazioni, volta scongiurare l'ingiusto arricchimento. Inoltre la proprietà secondaria non viene interamente annullata, ma viene degradata da diritto a interesse.

Il possesso nella vicenda traslativa involontaria

La proprietà è una relazione giuridica, formalizzata fra una persona ed un bene.

Molte volte le persone si trovano in un rapporto di potere di fatto con un bene, del quale non hanno alcuna titolarità giuridica. Es: Tizio e Caia scorgono una cascina diroccata e vi si stanziano → è si acquistano così un potere sulla cascina. Posta la regola della non occupabilità degli immobili, se essi non sono autorizzati dal titolare, il loro potere sul bene costituisce un'usurpazione di un diritto altrui, ma nonostante ciò il diritto tutela tale potere di fatto per diverse ragioni, tra cui la più importante è quella per cui chi esercita il potere sull'immobile ne è anche il titolare ed inoltre il possessore finisce per fare da guardiano del bene a favore del proprietario.

Nella tradizione occidentale, tutti i diritti tutelano i rapporti fatto da un individuo ed un immobile ed elaborano varie nozioni giuridiche per descrivere tale rapporto → di diritto italiano questa posizione è detta possesso.

Ma qui ci interessa analizzare il rapporto antagonistico tra possesso e proprietà → ci sono comportamenti che neanche il legittimo proprietario per porre in essere contro il possessore. Es: Tizio e Caia sono tutelati nei confronti del proprietario Sempronio, che cerchi di estrometterli dal bene con violenza.

Ci sono molte altre ipotesi in cui il possesso è antagonista vincente della proprietà, pur in mancanza di comportamenti riprovevoli posti in essere dal proprietario.

La Corte costituzionale è intervenuta in materia possessoria ed ha stabilito che è illegittimo l'art 705 co 1 cpc nella parte in cui subordina la proposizione del giudizio petitorio alla definizione della controversia possessoria ed all'esecuzione della decisione, nel caso che ne derivi, o possa derivarne, un pregiudizio irreparabile al convenuto. Infatti l'art 705, la proposizione di un autonomo giudizio petitorio, qualora sia in corso tra i medesimi soggetti giudizio possessorio.

Secondo la Corte, attenendosi al divieto di cumulo, il proprietario, convenuto in reintegrazione, può andare incontro ad un pregiudizio definitivo e irrimediabile soprattutto in due ipotesi:

- La prima concerne le cose mobili: l'attore, spogliato dal proprietario, se rientri in possesso della cosa, può alienarla ad un terzo in buona fede frustrandola l'aspettativa del proprietario.
- La seconda concerne i beni immobili: se lo spoglio consiste nella costruzione di un manufatto, l'esecuzione del giudicato sul possesso costringe il convenuto a distruggere un'opera che questi aveva diritto di costruire. In questo caso il divieto di cumulo tra possessorio e petitorio provoca anche una lesione irrazionale dei principi di economia processuale.

Militari si trovano sfumature da sistema a sistema, ma gli ordinamenti occidentali hanno un comune, che può essere descritto dicendo che per essere tutelata contro il proprietario innocente, la situazione di fatto deve essere qualificata sul piano soggettivo (→ nel nostro ordinamento parleremo di buona fede) o su quello oggettivo (è il decorrere del tempo che si unisce ad elementi legati all'intensità del rapporto di fatto).

La tutela del possesso è alla radice di gran parte dei trasferimenti privatistici involontari della proprietà.

4) Accessione = si verifica quando una proprietà preesistente (es: suolo) attira nella sua orbita altre cose che prima ne erano estranee (es: alberi, costruzioni), ciò a prescindere dal concreto esercizio di una volontà di appropriarsene del soggetto, che può anche diventare proprietaria delle nuove cose senza saperlo.

Art 1140 stabilisce che “Il possesso è il potere sulla cosa, che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale”.

Il possesso fonda in diverse ipotesi trasferimenti involontari di proprietà, qualora il possessore sia di buona fede.

Il possessore di buona fede è colui che “possiede, ignorando di ledere l'altro diritto” (art 1147).

Nel nostro diritto la buona fede non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave. Inoltre la buona fede è presunta e basta che vi sia stata al tempo dell'acquisto.

La giurisprudenza la dottrina cercano di riempire di significato concreto le definizioni e le regole

ora riportate, ma tale attività non è sempre lineare.

Dobbiamo osservare che l'usurpazione di un altrui immobile con la consapevolezza di usurparlo e possesso di malafede. Nel dubbio (es: confine non ben tracciato) non si ha colpa grave. La buona fede è compatibile con l'errore di diritto, purché questo non sia inescusabile (es: Tizio acquista una parte di un cascinale disabitato, ignorando che il bene è sottratto la protezione privata per ragioni artistiche; Altro esempio di possesso in buona fede sarà quello di Caio che acquista una soffitta disabitata e per un errore nella numerazione ne occupa un'altra).

Un proprietario immobiliare, che si trova a confrontarsi con un possessore di buona fede, avrà ottime lollite di soccombere, se non sta all'erta. Abbiamo già visto il regime dell'accessione invertita (art 938), che costituisce un'eccezione al principio previsto dall'art 934, per cui superficies solo cedit. Tizio avrà tre mesi per opporsi allo sconfinamento edificatorio di Caio in buona fede.

Un altro trasferimento involontario si avrà nell'ipotesi di cui all'art 936 → es: Caia in buona fede edifica sul suolo di Tizio, di cui è in possesso. Se le parti non trovano un accordo che trasferisca Caia la proprietà (superficie), Tizio non potrà obbligarla a togliere l'opera. Avverrà così un acquisto contrario alla sua volontà, perché egli resta privato dello ius tollendi e deve acquistare l'immobile edificato da Caia. In questo caso, la nozione di buona fede è rigorosa di quella consistente nella mera ignoranza di ledere il diritto e non ammette l'operatività della presunzione dettata dall'art 1147; sarà il terzo a dover provare il proprio ragionevole convincimento, fondato su circostanze obiettive, di costruire sul suo suolo.

Si deve aggiungere che il principio superficies solo cedit (art 934) Può comportare trasferimenti involontari della proprietà di un immobile dal proprietario dei materiali a quello del fondo → la norma è però priva di significato pratico, se non è inquadrata nell'ambito degli articoli cui essa stessa rinvia e che prevedono un trattamento diversificato fra possessore di buona fede ed in malafede.

Tali norme introducono anche un sistema di decadenze, che mostra come il nostro diritto si preoccupi di compattare proprietà e possesso immobiliare in capo allo stesso individuo, indipendentemente dalla volontà traslativa, in un tempo breve.

Es: all'art 937 (e anche negli art 935 e 936) si incontra un termine di decadenza di sei mesi dalla notizia dell'incorporazione immobiliare, trascorsi i quali la proprietà (del fabbricato) è trasferita. Il sistema del codice è attento ad evitare le esternalità, istituendo un apparato dettagliato che guida l'internalizzazione a mezzo di indennizzi e risarcimenti.

Sia che il proprietario abbia lo ius tollendi, che nel caso opposto in cui il possesso di buona fede prevalga, il diritto italiano risolve il problema dell'uso incompatibile delle risorse allocando i costi a chi ne trae benefici. Il costruttore che non ha violato alcuna regola di condotta non subisce un'esternalità e il proprietario fondiario si trova sopportare i costi dei cattivi investimenti altrui. Infatti il proprietario che ritiene le opere deve pagare a sua scelta, il valore dei materiali e il prezzo della manodopera, oppure l'aumento di valore recato in fondo (art 934). L'areola risarcitoria, fondata sulla riprovazione del comportamento, scatta nel caso di malafede, arroccando su chi viola la regola di condotta pure la perdita secca delle risorse sprecate.

Usurpazione

Il possesso qualificato sul piano soggettivo è importante nelle vicende traslativa involontaria, note come accessione. In quello qualificato sul piano oggettivo, dal decorrere del tempo fondo al usucapione (2° pilastro degli acquisti immobiliari al titolo originale).

Chi possiede un immobile senza interruzioni o sospensioni (art 1166-1167) per 20 anni, anche in malafede, ne acquista la proprietà (art 1158). Qualora il possesso fosse stato acquistato in modo violento o clandestino, la violenza la clandestinità devono essere cessate da vent'anni, perché si abbia l'usucapione (art 1163). Il termine è dimezzato per i mobili registrati.

Il possessore che abbia acquistato in buona fede da chi non è proprietario, in forza di un titolo che sia idoneo trasferire la proprietà e che sia stato debitamente trascritto, vede il suo possesso tramutato in proprietà, allo scadere del 10° anno dalla data della trascrizione (art 1159). Il termine è ridotto a tre anni, nel caso di analogo possesso di mobili registrati.

Chi possiede fondi rustici, con annessi fabbricati, in comuni classificati montani, usucapisce in 15 o cinque anni, secondo se in buona fede o meno (art 1159 bis).

In caso di acquisto in buona fede a non domino di un bene mobile, in forza di un titolo idoneo ad acquistare la proprietà, il possessore diventa immediatamente proprietario.

Se manca il titolo idoneo, ma il possessore è di buona fede, l'usucapione si compie 10 anni. Se il possessore è di malafede, l'usucapione si compie in 20 anni.

Alcuni beni possono essere posseduti, ma non possono appartenere al privato e quindi non possono essere usucapiti (es: beni demaniali). Qualunque bene che può essere oggetto di proprietà privata, può usucapirsi.

Per quanto riguarda i beni la cui proprietà è soggetta a intestazione (es: azioni di società) → in Italia la intestazione formale conforme al possesso non è un requisito perché al usucapione può superare: il compimento del usucapione garantito al possessore per pretendere la variazione dell'intestazione a proprio favore.

La concezione fisicistica della proprietà parte la dottrina italiana prevalente ad escludere la possibilità di usucapire i beni immateriali (anche se si registrano voci dissenzienti in dottrina e in giurisprudenza).

Sul piano teorico, possiamo ancora dire circa usucapione che esso costituisce la controparte operativa della regola romanistica, per cui la proprietà è imprescrittibile. La ratio del usucapione immobiliare è tradizionalmente ricostruita come favor nei confronti di chi utilizza la proprietà, contro il titolare assenteista.

Dal punto di vista economico → l'assenza del proprietario rende impossibile il trasferimento volontario della proprietà, da chi la valuta di meno a chi la valuta di più. L'assenza prolungata mostra che il proprietario valuta molto poco il proprio diritto e cmq meno del possessore.

Incrementi fluviali

Art 922 menziona fra i modi di acquisto della proprietà immobiliare, diversi dal contratto dalle successioni, solo usucapione e accessione → si colloca così in linea alla tradizione romanista.

La sezione II del capo III introduce e accomuna sotto l'etichetta <<accessione>> Una serie di trasferimenti involontari della proprietà, che non hanno niente a che vedere con il possesso → essi vengono classificati come incrementi fluviali o accessioni da immobile ad immobile (dove immobile sta per fondo).

Le due ipotesi principali di incrementi fluviali sono:

- **alluvione** (art 941) = è il progressivo ed impercettibile ridursi di una proprietà riparia a favore di quella sottostante, a causa del lavoro dell'acqua.

Il diritto asseconda la natura, lasciando permanere benefici laddove cadono, senza introdurre alcuna regola volta compensare il proprietario dimagrito.

Legge 5/1/1994 n37 ha modificato l'art 942, disponendo che terreni abbandonati dalle acque correnti appartengono al demanio pubblico (in precedenza appartenevano al proprietario della riva scoperta). Nel demanio pubblico anche l'alveo abbandonato (in precedenza spettava ai proprietari delle due rive, sino al confine segnato dal mezzo del letto scoperto).

La legge del 1994 intende proteggere le zone fluviali dallo sfruttamento edilizio selvaggio, ma essa adotta strumenti inefficiente per due ragioni: il controllo costante delle sponde, che impercettibilmente vengono scoperte dall'acqua, risulta attuabile solo costi proibitivi; si genera un'incertezza sul regime giuridico di piccole strisce di terreno che è destinato ad ostacolare la circolazione della proprietà dei fondi rivieraschi.

- **Avulsione** (art 944) = ipotesi in cui un fiume o un torrente stacchi per forza istantanea una parte considerevole e riconoscibile di un fondo contiguo al suo corso, per riattaccarlo altrove.

Regola: Diviene proprietario il titolare del fondo arricchito, salvo pagare un'indennità al proprietario del fondo impoverito. Tale indennità ha come limite massimo l'incremento del valore del fondo.

La dottrina tradizionalmente cerca la ratio di queste norme nella teoria dell'accessione, cioè nel rapporto fra un bene principale ed un accessorio. Tale giustificazione però non regge → nell'ipotesi

dell'alluvione e dell'avulsione, il diritto detto alla soluzione più efficiente, considerando i costi impraticabili della tutela proprietaria. Il costo di ripristinare la soluzione precedente è di molto superiore sia all'incremento di valore del fondo a valle, sia al decremento di quello monte. Le parti raggiungerebbero cmq il risultato previsto dal codice, tranne in casi in cui il valore soggettivo del terreno a monte sia più alto della somma dei costi transattivi del ripristino e l'incremento di valore del fondo valle.

La regola risarcitoria è giustificata dall'ampiezza dei costi transattivi necessari per riprodurre la situazione precedente al distacco.

Tipologia dei trasferimenti coattivi ed efficienza economica

I trasferimenti coattivi non sono rari all'interno del nostro codice → qui esistono due formule generali, che prescrivono il giudice di tenere conto di considerazioni di efficienza nel tutelare e delimitare le prerogative proprietarie → queste sono:

- **art 2058 cc** (*“Risarcimento in forma specifica. Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile”*) → tale norma non introduce deroghe significative, Perché la giurisprudenza non esclude l'applicazione della materia di diritti reali
- **art 2933 cc** (*“Esecuzione forzata degli obblighi di non fare. Se non è adempiuto un obbligo di non fare, l'avente diritto può ottenere che sia distrutto, a spese dell'obbligato. Non può essere ordinata la distruzione della cosa e l'avente diritto può conseguire solo il regime dei danni, se la distruzione della cosa è di pregiudizio dell'economia nazionale”*.) Anche questa norma non è molto applicata in materia proprietaria, perchè gli interpreti hanno letti rinvio pregiudizio all'economia nazionale in chiave macroeconomica. Di conseguenza l'interpretazione di tale articolo non viene ricercata nei principi economico-giuridici sottesi all'organizzazione privatistica ma nelle direttive di politica economica, che possono trarsi dall'insieme dell'attività normativa della pa.

In concreto ciò significa che Caia non potrà invocare l'eccessivo spreco, insito nell'ordine di distruzione dell'immobile costruito sul fondo di Tizio, ottenendo un'espropriazione privata a suo favore, in deroga ai limiti di cui agli art 934 ss., a meno che essa non sia una PA o cmq la sua attività non sia di pubblica utilità. Un'espropriazione privata e codificata e applicata nell'ipotesi dell'art 844 co 2 → qui il giudice è chiamato in ad un giudizio di temperamento fra le esigenze della produzione e le ragioni della proprietà nel decidere nei confronti delle immissioni industriali. Ipotesi analoghe di trasferimenti coattivi della proprietà immobiliare si rinvencono anche materie di servitù coattive e nell'art 827.

Nel caso di servitù coattive → l'art 1032 stabilisce che *“Quando in forza di legge, il proprietario di un fondo ha diritto di ottenere da parte del proprietario di un altro fondo la costituzione di una servitù, questa, in mancanza di contratto, è costituita con sentenza. Può anche essere costituita con atto dell'autorità amministrativa, nei casi specialmente determinati dalla legge. La sentenza stabilisce le modalità della servitù e determina l'indennità dovuta.”*. La ratio di tali norme si rinviene nell'inefficiente azzeramento del valore del fondo dominante, se il diritto proprietario su di esso non comprende anche la servitù. Una norma generale in tema di servitù coattive trova alcune specifiche applicazioni, che lasciano emergere la ratio economica sottostante → il proprietario di un fondo deve concedere, previo indennizzo, da servitù di acquedotto a favore di chi abbia il diritto di utilizzare un'acqua per i bisogni della vita o per usi agrari o industriali; anche in caso di fondo non è escluso, ma con accesso inadatto od insufficiente alla via pubblica, il proprietario confinante deve concedere una servitù di passaggio, sempre previo indennizzo, se la domanda risponde alle esigenze dell'agricoltura dell'industria. → in quest'ipotesi l'attribuzione di servitù viene disposto dal giudice, a fronte di un indennizzo determinato secondo parametri oggettivi. In mancanza di tale norma, il proprietario servente si vedrebbe attribuito una posizione di monopolio contrattuale, data la natura dei fondi. Non c'è dubbio che anche queste siano ipotesi di trasferimenti involontari della proprietà. Nell'ipotesi dell'art 827 → è l'interpretazione della norma che introduce il trasferimento coattivo. Ai sensi di tale art, chi subisce un danno a seguito della violazione di una norma sull'edilizia, deve

essere risarcito e può chiedere la riduzione in ripristino, quando si tratti della violazione delle norme contenute nella sezione VI del titolo II (norme sulle distanze).

Si deve ricordare che trasferimenti coattivi devono restare ultima ratio.

Esistono altre due ipotesi di trasferimento involontario che meritano attenzione:

3. La prima si ha in caso di impedimento parziale (cioè per porzione inferiore a $\frac{3}{4}$ del valore complessivo) di un edificio condominiale. L'art 1128 stabilisce che spetta all'assemblea dei condomini deliberare l'eventuale ricostruzione → tale soluzione è logica, perché rimette alla valutazione della maggioranza la scelta sul migliore sfruttamento della cosa (ridificare o rinunciare alla ricostruzione).

Se viene deliberata, la ricostruzione investe anche le porzioni di proprietà di un ipotetico condomino, che non sia d'accordo sulla scelta della maggioranza. Costui avrebbe un potere di vita (perché non è possibile intervenire sulla porzione di sua proprietà senza il suo consenso). Si creerebbe una situazione di stallo inefficiente (tragedia degli anticomuni). Quel condomino potrebbe vendere la sua porzione (cioè rinunciare al proprio veto) cercando di spuntare il massimo prezzo. Potrebbe così impedire il raggiungimento di un accordo e causare l'abbandono della ricostruzione oppure potrebbe decidere in base a ragionamenti razionali (es: antipatia per gli altri condomini), e potrebbe così rifiutarsi di vendere la sua porzione.

L'art 1128 risolve il problema ed obbliga il condomino a cedere agli altri sul diritto secondo la stima che ne sarà fatta da un perito, certo dalle parti o dal giudice. In caso di persistente rifiuto, gli altri condomini possono ricorrere alla sentenza costitutiva dell'art due 2932, che può trasferire loro il diritto. Ciò significa che il passaggio di proprietà avviene per un prezzo, depurato da ogni elemento di valutazione soggettiva.

4. La seconda ipotesi concerne le addizioni compiute sull'immobile da usufruttuari, enfiteuti, conduttori e possessori di buona fede. Questi soggetti hanno il godimento di un immobile e possono apportarvi delle addizioni (es: pozzo nel terreno, comignolo per la casa). Per queste addizioni opera l'accessione: bisogna sapere se esse restano definitivamente in proprietà al proprietario del terreno e se egli deve pagare per mantenerle.

Il principio generale è che il proprietario può far togliere le addizioni, quando cessa il godimento del loro autore, oppure scegliere di mantenerle. In questo momento si possono verificare due differenti:

- 2) Le addizioni sono materialmente separabili dall'immobile principale ed il proprietario desidera mantenerle → egli deve pagare il valore delle addizioni, se sono state fatte all'enfiteuta; oppure la minor somma tra la spesa ed il loro valore, se sono state fatte dall'usufruttuario o dal conduttore; oppure il valore dei materiali e della manodopera, ovvero l'aumento di valore recato in fondo, se sono state fatte dal possessore
- 3) Le addizioni non sono materialmente separabili, senza documento dell'immobile principale, così il proprietario costretto mantenerle, ma costituiscono miglioramenti per il fondo → il proprietario deve pagare l'aumento del valore arrecato all'immobile, se le addizioni sono state fatte dall'enfiteuta, o dal possessore di buona fede, oppure la minor somma tra la spesa e l'aumento di valore, se sono state fatte dall'usufruttuario o dal conduttore.

Quindi proprietario tiene definitivamente il diritto sulle addizioni: la somma che gli deve pagare è determinata in maniera oggettiva.

L'asceta del codice comprensibile, in quanto le addizioni consistono in opere che consentono un migliore sfruttamento dell'immobile e che sono utili anche per il proprietario.

Trasferimenti involontari di diritto pubblico

Diversi modi di trasferimenti involontari della proprietà sono disciplinati dal diritto pubblico → il più significativo è quello conseguente procedimento di espropriazione per pubblico interesse, previsto dall'art 834 e disciplinato da molte leggi speciali. Tale procedimento non comporta necessariamente l'acquisto della proprietà in capo alla PA, anzi non sono rari i casi in cui, a seguito

della procedura amministrativa giudiziaria, sia un privato il destinatario ultimo del bene espropriato per pubblica utilità.

I problemi che tutti gli ordinamenti occidentali affrontano in quest'ambito sono legati al momento della perdita della proprietà, piuttosto che successivo momento dell'acquisto.

Ma l'attenzione degli studiosi è anche catturata dal problema della quantificazione dell'indennizzo, dovuto al proprietario espropriato. Sono dedicati grandi sforzi all'elaborazione di una distinzione fra beneficio pubblico e privato, posto che nella seconda ipotesi si declamati l'espropriazione è inammissibile.

La minima unità colturale

Art 849 cc stabilisce che *“Il proprietario di terreni, entro i quali sono compresi appezzamenti ed altri, di estensione inferiore alla minima unità colturale, può domandare che gli si è trasferita la proprietà di questi ultimi, paragonandone il prezzo, allo scopo di attuare una migliore sistemazione delle unità fondiariae.”*

Tale norma introduce un'ulteriore ipotesi di trasferimento involontario della proprietà.

Essa (intitolata al “riordino della proprietà rurale”) è restata lettera morta, per la ragione per cui nessuno sa cosa sia una minima unità colturale, a causa della mancata predisposizione della normativa secondaria, prevista dall'art 847.

tale norma ha portata pratica ridotta, perché difficilmente la questione agraria può essere risolto da un codice. La questione dell'estensione della facoltà fondiaria è di natura politica, perché attiene alla dinamica fondamentale della distribuzione della ricchezza.

Il programma costituzionale degli art 44 e 47 è vago → ha costituito il supporto di una massa di leggi speciali scoordinate occasionali, che spesso introducono acquisti coattivi della proprietà in capo ai coltivatori fondiari. Intorno a tale normativa settoriale sia sviluppato una materia, il diritto agrario (che si colloca a cavalcioni fra il diritto pubblico e quello privato).

L'osservazione per quella proprietà agraristica e quella urbanistica, avendo natura diversa, vanno trattate separatamente, hanno condotto i codificatore a rompere con l'approccio unitario tipico delle precedenti codificazioni. I prodotti di tale scelta sono:

- Due sezioni del codice piene di rinvii alla legislazione speciale
- Un diritto agrario che rivendica autonomia scientifica

I c.d acquisti a non domino

Le regole proprietarie hanno la funzione di dirimere conflitti su risorse scarse.

Durante la stagione della neosistemica la dottrina definì la proprietà come una relazione fra un soggetto, il titolare, e tutti gli altri consociati, gravati di un dovere assoluto di astensione rispetto al bene oggetto della proprietà. Tale costruzione, pur avendo il merito di superare il paradigma fisicista, peccava di semplicismo.

La verità è che la qualifica di proprietario non è di per sé idonea a garantire che costui gode completamente del monopolio, nel trarre utilità da una data risorsa. In altre parole, le qualifiche astratte dell'ordinamento non sottraggono il proprietario alla competizione di altri individui non proprietari.

Questa dinamica complessa, per cui quella di proprietario risulta essere una qualifica provvisoria, condizionata dal permanere di determinate circostanze, è più evidente che altrove in materia di trasferimenti mobiliari involontari, i c.d. acquisti a non domino, disciplinati dall'**art 1153**.

La comprensione di questa norma e le sue implicazioni teoriche in materia di proprietà è impossibile al di fuori di una ricostruzione storica e comparativa → ogni ordinamento giuridico si è trovato di fronte al classico dilemma consistente nel decidere chi debba prevalere ed essere riconosciuto proprietario del conflitto fra due consociate innocenti, cioè il vero proprietario che ha perso il controllo fisico del bene o il terzo che lo ha acquistato assumendo che chi glielo ha trasferito sia il proprietario.

Nel dare una soluzione alla questione, nello sviluppo del diritto occidentale hanno dominato due paradigmi:

- e) **Modello romanistico originario**: Tizio, proprietario, prevale nel conflitto con Sempronio, indipendentemente dalla sua buona o mala fede. Quindi Sempronio dovrà restituire il bene a Tizio e accontentarsi di una pretesa risarcitoria nei confronti di Caio. Il diritto romano rileva però alla buona fede dell'acquirente, in quanto fonda in pochi casi l'acquisto di Sempronio per usucapione.
- f) **Modello germanico**: la soluzione del conflitto dipende dal comportamento di Tizio, cioè dal fatto se costui si fosse separato volontariamente (es: se Caio sia un fiduciario infedele) o meno dal possesso del bene (es: se Caio sia un ladro). Nel caso in cui Tizio si fosse separato volontariamente dal possesso del bene, Sempronio prevaleva (perchè Tizio non può rifarsi contro qualcuno diverso da colui al quale egli stesso aveva trasferito il bene); per cui Sempronio poteva mantenere le proprietà del bene, indipendentemente dalla propria buona o malafede. Tizio avrebbe potuto solo ottenere il risarcimento dei danni da Caio.

Tizio avrebbe potuto riottenere il bene, nel caso in cui avesse perso il controllo fisico del bene contro la sua volontà.

XV-XVI sec → le due concezioni si trovano in competizione fra loro in tutta Europa. Inoltre si elaborarono soluzioni di compromesso, come quella sviluppato dai mercati e poi assorbita in Common law, per cui Sempronio avrebbe prevalso, nell'ipotesi in cui avesse acquistato in un luogo deputato a pubblico mercato.

Anni delle Codificazioni nazionali → i redattori produssero una varietà di soluzioni:

- Spagna, paesi latino americani → codificare una regola romanistica proteggendo sempre il vero proprietario. Si riconobbero importanti eccezioni, come quella dell'art 85 Codice di commercio spagnolo, per cui l'acquirente prevale se ha acquistato in buona fede in un negozio o in un grande magazzino.
- Maggioranza dei paesi romanisti (Francia, Germania e Svizzera) → raggiunsero un compromesso fra il modello germanistico e quello romanistico:
 - come nel modello germanistico, non si distingue a seconda che il vero proprietario si sia privato volontariamente o meno del possesso → se costui ha perso il bene (o gli è stato rubato), egli prevale sull'acquirente. Se invece aveva trasferito il possesso a Caio, il proprietario finirà per soccombere.
 - Come nel modello romanistico → se il proprietario si sia separato volontariamente dal possesso, l'acquirente non riceve alcuna protezione se versava in malafede al momento dell'acquisto.
- Modello italiano → **art 1153 co 1** stabilisce che *“Colui al quale sono alienati beni mobili, da parte di chi non è proprietario, ne acquista la proprietà mediante il possesso, purchè sia in buona fede al momento della consegna e sussista un titolo idoneo al trasferimento della proprietà”*.



Il nostro diritto rompere con entrambi i modelli, in quanto privilegia sempre l'acquisto da parte del compratore che è in buona fede. Secondo l'interpretazione dominante di questa norma, in Italia si possono acquistare a non domino anche beni rubati o smarriti (ciò è in contrasto fra la maggior parte dei paesi occidentali) → si sacrifica così semplice proprietario anche quando costui è vittima di furto.

La durezza dimostrata dal diritto italiano nei confronti del vero proprietario si spiega con la scelta di porre in posizione centrale il principe della buona fede. Nel conflitto fra due innocenti, il diritto italiano non cerca di mediare, elaborando una soluzione intermedia, ma favorisce l'acquirente sacrificando il vero proprietario.

Il requisito dell'idoneità del titolo è stato interpretato come se avesse lo scopo di evitare che la protezione dell'acquirente si spingesse oltre il livello del ridicolo. Se l'idoneità del titolo si limita a governare il rapporto fra Caio e Sempronio, esso si riduce ad una prova della leggerezza con cui è avvenuto l'acquisto → una tale leggerezza può spingersi fino a livelli criminali, nell'ipotesi penale

dell'art 712 cp dell'incauto acquisto.

Gli interpreti dell'art 1153 concordano nel ritenere che l'acquisto a non domino debba avere carattere fisico (non basta il costituito possessorio). Inoltre ritengono che la l'arma non si applichi ai beni immateriali → anche se nella misura in cui tali beni possono essere posseduti, sembrerebbe meglio poter applicare tali principi.

Parte della dottrina e della giurisprudenza proteggono l'acquirente a non domino anche qualora egli abbia acquistato titolo gratuito (per cui meno meritevole di tutela).

A noi pare che la scelta fra due innocenti, debba essere risolta considerando una pluralità di fattori → l'assoluzione che prende partito in modo rigido per uno che solo dei soggetti coinvolti appare squilibrata, in quanto il conflitto su risorse scarse in materia di proprietà andrebbe risolto in modo efficiente, considerando la pluralità di fattori. Da questo punto di vista si può osservare che:

In primo luogo, tanto più il proprietario viene tutelato, tanto meno egli dovrà investire per monitorare il proprio diritto al fine di evitare la fattispecie in questione con la perdita del bene.

Quindi più Tizio è protetto, meno dovrà investire nelle precauzioni necessarie per mantenere il controllo fisico del bene (se egli sa che potrà recuperare la propria bicicletta, anche se Sempronio l'ha acquistata, sarà meno incentivato ad assicurarla con un lucchetto).

Ma quindi l'onere di verificare la provenienza del bene viene posto in capo a Sempronio (prima di acquistare dovrà verificare la provenienza) → quest'onere costituisce un costo aggiuntivo in capo a Sempronio, così ci saranno meno acquirenti che vorranno acquistare biciclette, in quanto queste saranno per loro più care.

Tizio sarà incentivato ad affidare liberamente i suoi mobili ai diversi Caii, che li metteranno sul mercato ad un prezzo più basso di quanto non sarebbe avvenuto se egli avesse dovuto procurarseli, superando i maggiori controlli imposti dal tizio non si cura della protezione dell'ordinamento gli dà sul bene. Quindi il costo di monitoraggio carico di Sempronio sarà compensato dal minor prezzo al quale le biciclette di dubbia provenienza saranno offerte.

Viceversa, più Sempronio sarà tutelato (come in Italia), più Tizio riceverà un incentivo ad investire in precauzioni volte a mantenere il controllo fisico sul bene → per Tizio la proprietà sarà più costosa (in misura uguale agli investimenti per non perdere il bene) e di conseguenza, Sempronio potrà fare affidamento potrà fare affidamento sul segnale sociale proveniente dal mero possesso e non dovrà affrontare il maggior costo del controllo del titolo. Quindi ci saranno più Sempronii disposti ad acquistare quei beni di dubbia provenienza, ma al contempo ci saranno meno beni di dubbia provenienza sul mercato, perchè i Caii dovranno affrontare un costo più alto per acquistare possesso, in quanto i Tizi saranno attenti a non perdere il controllo.

Avendo tutto ciò chiaro, si può osservare che non ha senso sostenere che la regola dell'art 1153 favorisce il traffico. In entrambe le regole comporteranno l'identico numero di transazioni → si tratta di un'applicazione del teorema di Coase: a costi transattivi bassi l'una o l'altra regola sono indifferenti dal punto di vista dell'efficienza.

La dottrina ha osservato che la tutela del terzo acquirente di buona fede non deprime il valore della proprietà di Tizio → ma ciò che si perde in tranquillo godimento si acquista in opportunità di trasferimento.

Quindi il problema diviene il seguente: quale interpretazione dell'art 1153 favorisce gli scambi, ma disincentiva quelli fra Caio (in male fede) e Sempronio (in buona fede) e minimizzando il costo sociale del verificarsi di tali ultimi scambi?

La soluzione va cercata nella corretta allocazione dei costi transattivi, cioè nell'allocare i costi transattivi a chi meglio si è in grado di sopportarli.

La soluzione italiana, in questa luce, ci pare priva di intelligenza, in quanto rende irrilevante la distinzione fra perdita volontaria legge involontaria del controllo fisico del bene da parte di Tizio (rompendo con il modello germanistico).

Si tratta di una distinzione base del nostro diritto civile, cioè quella fra un contatto sociale pianificato e uno non pianificato. Nel caso di contatto sociale pianificato è evidente come il rischio della cattiva scelta del proprio fiduciario debba ricadere su Tizio, sicchè la protezione ampia di Sempronio risulta giustificata.

Viceversa, nel caso di contatto sociale non pianificato (furto), la scarsa protezione di Tizio da parte del diritto risulta problematica. Dal punto di vista della tutela dell'affidamento di Sempronio, non c'è differenza fra acquisti in buona fede di un bene smarrito rubato gli acquisti in buona fede di un bene incautamente affidato ad un fiduciario infedele, nel caso in cui la illiceità del trasferimento non sia riconoscibile. Ma è anche vero che il diritto, nella sua opera di mediazione dei conflitti sociali, deve decidere in modo imparziale. Quindi il problema è capire chi debba sopportare il rischio della riduzione della protezione dominicale da tutela proprietaria a tutela risarcitoria. Occorre porsi la ricerca di elementi il più possibile chiari e riconoscibili ex ante, che non sacrificino ingiustamente i diritti di una delle parti coinvolte, proteggendo sempre una situazione di fatto.

In questa luce, si deve tener conto che il Tizio riceve già sufficienti incentivi a proteggersi contro il furto o a fare attenzione le proprie cose, dai costi che derivano dalla ricerca di beni smarriti o rubati e del rischio di dover intraprendere un giudizio per ritenere.

Inoltre non sembra si richieda Sempronio uno sforzo irragionevole allocandogli in parte il rischio (evizione) conseguente all'acquisto di una cosa rubata o smarrita. In primo luogo, quasi sempre le circostanze di acquisto di un bene inducono una persona a prendere in considerazione che in quel bene potrebbe avere provenienza illecita (es: chi acquista un vecchio specchio ad un mercatino rionale prendere in considerazione la provenienza dubbia; starà a lui decidere se acquistare o meno lo specchio accettandone una possibile posta negativa, consistente nel rischio di evizione e la conseguente riduzione della tutela da proprietaria a risarcitoria. Egli si trova nella miglior posizione per negoziare con Caio una sufficiente protezione in caso di evizione o di scontare il rischio nel prezzo di acquisto).

L'areola risarcitoria, che tutela Sempronio nei confronti di Caio in caso di evizione, è sufficiente a garantire un'adeguata protezione a Sempronio.

La regola risarcitoria protezione di Sempronio sembra anche la miglior soluzione istituzionale per avvicinarsi alle preferenze dei soggetti coinvolti.

È evidente che l'art 1153 non ha alcun impatto su circolazione e tutela dei beni di scarso valore, o di beni facilmente rintracciabili sul mercato. Le ipotesi in cui questa regola diviene importante sono beni unici di rilevante valore oggettivo, o di affezione.

Nell'ipotesi in cui si giunge in corte, per una buona decisione si deve prendere in considerazione tutte le concrete circostanze rilevanti, per allocare correttamente gli oneri delle precauzioni. In particolare vanno considerati due aspetti strutturali:

- sul versante del proprietario, la differenza fra perdita volontaria o meno del controllo fisico del bene
- sul versante dell'acquirente, il carattere oneroso o gratuito dell'acquisto → Chi acquista in buona fede sborsando denaro merita una protezione più efficace di chi acquista in buona fede titolo gratuito.

Quindi si deve capire quale interpretazione dell'art 1153 consente di tener conto di queste considerazioni e mettersi in linea con gli altri ordinamenti.

La dottrina ha già riconosciuto la differenza fra acquisti gratuiti ed onerosi.

Ci si deve dedicare di più l'argomento, per cui la presenza dell'art 1153 non significa che l'italiano rifiuti la distinzione fra perdita volontaria ed involontaria del possesso → si dovrebbe arrivare a una lettura razionale del requisito dell'idoneità del titolo di cui all'art 1153. Tale norma data le requisiti pari dignità rispetto alla buona fede, come elemento caratterizzante l'intera fattispecie dell'acquisto a non domino. La fattispecie in esame coinvolge tra soggetti Tizio, Caio e Sempronio, e costituisce un'ipotesi di trasferimento involontario di prerogative proprietarie.

Nella lettura dominante, l'idoneità del trasferimento è diventata uno degli elementi da valutarsi al fine della riconoscibilità della provenienza illecita del bene, rilevante per valutare la buona fede, che assurge ad elemento fondamentale, di cui l'idoneità è una figura ausiliaria e utilizzabile per dedurre l'esistenza o meno. Questa diminuzione del ruolo dell'idoneità del titolo non è giustificabile, né sul piano testuale, né sul piano sistematico.

È invece diverso il ruolo ed il significato dell'idoneità. Astratta idoneità a trasferire la proprietà ha riferito al rapporto fra Tizio e Caio.

Mentre il contratto, con cui Tizio incarica Caio, infedele, di gestirmi bene, soddisfa tale requisito, lo smarrimento e il furto non possono essere considerati elementi idonei al trasferimento del diritto di proprietà. L'idoneità del titolo deve accompagnare la buona fede in tutta la vicenda traslativa, il cui momento di involontarietà si riduce ad eccezione rispetto al principio fondamentale, per cui nessuno può trasferire più diritti di quanti ne abbia.

Questa possibilità è preclusa Caio, ladro o ritrovatore disonesto, che non ricorre alle procedure previste dalla legge per ritrovare il vero proprietario, perché è il ritrovamento di una cosa appartenente ad altri e il furto possono ritenersi idonei al trasferimento e manca la catena dell'idoneità richiesta dalla legge.

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

CAPITOLO VI

MODI DI ACQUISTO A TITOLO DERIVATIVO E TRASFERIMENTI VOLONTARI

Trasferimento della proprietà e trasferimento delle prerogative proprietarie

Nei trasferimenti volontari della proprietà il rapporto fra proprietà e contratto diviene più complesso, perché il trasferimento di ricchezza da un soggetto all'altro può essere gestito utilizzando entrambe le categorie ordinanti → quindi in quest'ambito proprietà contratto competono fra loro. Tale competizione potrebbe essere indirizzata risultati razionali, lasciando il contratto la gestione dei rapporti fra le parti e attribuendo alla proprietà alla gestione dell'impatto di tali rapporti sui terzi.

Ma in realtà ogni ordinamento risolve la competizione fra proprietà contratto a suo modo → alcuni attribuiscono un ruolo di egemonia alla proprietà (common law), mentre altri attribuiscono l'egemonia al contratto (come la tradizione romanista → Questo spiega la resistenza all'introduzione della trust in Italia).

Il mondo romanista utilizzano nazione fisicista della proprietà → la proprietà è considerata una monade compatta, corrispondente con il bene suo oggetto → ciò comporta conseguenze negative perché non è possibile lo smembramento delle prerogative proprietarie (il trasferimento è completo oppure non avviene).

Se si rigetta la concezione fisicista della proprietà → l'idea di trasferimento si accompagna necessariamente con quella di smembramento, cioè un soggetto, titolare della proprietà, può volontariamente trasferire il proprio diritto in tutto o in parte. qualora il trasferimento sia solo parziale, costui manterrà alcune prerogative proprietarie, trasferendone altre. Il fenomeno del trasferimento da luogo così ad una pluralità di titolari di posizioni proprietarie sulla stessa risorsa scarsa. Tale pluralità di titolari può essere temporanea e provvisoria, in attesa che il trasferimento sia completa oppure può essere definitiva.

Un aumento della proprietà è desiderabile sul piano economico perché consente di ritagliare le domande l'offerta su misura → es: se Tizio vuole acquistare solo una certa prerogativa su un determinato bene (come diritto di transito su un fondo) è parso tale prerogativa più di quanto caio, titolare del fondo, valuta il medesimo potere (cioè che nessuno transiti sul fondo), l'efficienza si raggiungerà se tale potere viene allocato a Tizio. Un ordinamento giuridico si comporterà in modo razionale, consentendo a Tizio di acquistare da Caio quel particolare potere (es: essere costituendo una servitù). Se tale possibilità non fosse consentita, per soddisfare il proprio bisogno Tizio sarebbe costretto ad acquistare l'intero fondo → ma ciò potrebbe non avvenire perché il prezzo sarebbe più alto e perché Caio potrebbe valutare l'intero bene più di Tizio → Quindi l'affare sfumerebbe e l'allocazione della prerogativa transito resterebbe sub ottimale.

Se si ragiona utilizzando la metafora del fascio di prerogative proprietarie, Si vede come la possibilità di trasferire solo il potere di transitare sul fondo costituisce un trasferimento volontario della proprietà. Lo momento della proprietà ha delle potenzialità efficienti, perché consente l'allocazione del potere decisionale, rispetto d'un bene, kilovolt di più, con la possibilità di esclusione di tutti gli altri dal bene stesso.

Lo smembramento consente di evitare la tragedia dei comuni, purché all'allocazione del potere decisionale si accompagni una responsabilità. Ma l'eccessivo smembramento della proprietà può provocare la tragedia degli anticomuni, perché perché interessi proprietari troppo piccoli comportano responsabilità proprietarie di tutte le conferiscono poteri di veto. In altre parole, che dispone di un potere proprietarie di valore modesto, che però condiziona in modo decisivo di decisioni economiche relative alla risorsa intera, non riceve incentivi efficienti.

Il diritto deve farsi carico di questa situazione → ciò deve essere fatto limitando il potere di smembramento della proprietà, quando esso comporta eccessivi rischi di tragedia degli anticomuni → Nel nostro codice civile esistono norme volte a tal fine (es: In materia Italia il nostro diritto impone molti limiti al fine di evitare smembramenti proprietari eccessivi: es per costituire una

servitù, ciò potrà avvenire solo alla presenza di determinati requisiti).

Si deve chiarire che un trasferimento di prerogative proprietarie occorre solo, qualora il potere decisionale in capo a Tizio sulla prerogativa abbia natura reale, cioè sia opponibile tutti terzi → un semplice rapporto contrattuale non costituirebbe un trasferimento di prerogative proprietarie (in quanto è un rapporto personale es: accordo con cui Caio lascia transitare tizio, avrà efficacia solo personale).

I termini del problema si possono cogliere nel continuum che intercorre fra trasferimento di utilità economiche, attraverso lo strumento del contratto ed il trasferimento di prerogative proprietarie. L'autonomia privata, tipica del diritto dei contratti, ci si giustifica in virtù della necessità di incoraggiare trasferimenti di risorse da chi le valuta di meno a chi le valuta di più.

I trasferimenti di ricchezza a mezzo di contratto, hanno un impatto sulla struttura proprietaria → tale continuum economico viene spezzato dal sistema giuridico con una scelta. Quella del momento in cui il trasferimento di prerogative sia sufficientemente significativo da poter essere opposto ai terzi.

Il fenomeno di continuità nello smembramento risulta vistoso nel processo di trasferimento totale di una proprietà.

La forma del trasferimento immobiliare

Nei sistemi anglo-americani → Il trasferimento della proprietà immobiliare fa parte del law of property affidata all'attività professionale del conveyancing. Ciò ha fatto sì che molti problemi che in civil law hanno natura personale (in quanto sono affrontati in materia obbligatoria), in common law hanno invece una tutela reale.

Anche nel diritto italiano la proprietà circola sovente dissociato: le attribuzioni ed i poteri proprietari possono dislocarsi in vario modo.

La più importante forma di trasferimento volontario della proprietà immobiliare è quella che avviene a seguito di una compravendita, di una donazione, o di un altro atto idoneo al trasferimento della stessa.

Nel diritto italiano questa materia è parte del diritto delle obbligazioni dei contratti e riceve disciplina al di fuori del libro che il codice dedica alla proprietà → le norme sul trasferimento volontà della proprietà sono contenute nel libro IV (contratto) e nel libro VI (disciplina della trascrizione).

La scelta che divide il trasferimento della proprietà in due momenti (uno in cui essa passa solo fra le parti ed un altro in cui trasferimento diviene opponibile a tutti), non introduce un modello di semplicità.

Per trasferire la proprietà di un immobile è necessario un atto formale.

Art 1350 cc colloca “i contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili” al primo posto dell'elenco degli “atti che devono farsi per atto pubblico per scrittura privata, sotto pena di nullità”.

Lo stesso articolo richiede la medesima forma per gli atti relativi alla quasi totalità dei beni immobili.

La giurisprudenza estende la richiesta di forma scritta ad ogni altro accordo riguardante la sfera proprietaria immobiliare. Significativo è la richiesta della forma scritta per le convenzioni fra proprietari confinanti, che operino trasferimenti o permuta di zone periferiche. All'elenco di cui all'art 1350 manca la categoria di mobili registrati (anche se l'irrelevanza di contratti verbali aventi ad oggetti medesimi e gli effetti dell'iscrizione, fanno concludere che il loro regime simile a quello degli immobili).

La mancanza della prescritta forma rende nullo il trasferimento che, ai sensi dell'art 1423, non può essere sanato, se non nei casi marginali previsti dagli art 799 e 590. La nullità può essere fatta valere da chiunque ne abbia interesse, o d'ufficio dal giudice in qualunque momento. Sono fatti salvi gli effetti del usucapione e della prescrizione delle azioni reipersecutorie.

Il passaggio della proprietà

La compravendita immobiliare è un processo scandito normalmente in 3 diverse fasi:

4. **Compromesso**: Le parti stipulano il compromesso, che ha forma scritta. Può trattarsi di un preliminare di vendita (art 1351) o di un contratto definitivo. Esso contiene la descrizione sommaria dell'immobile ed il prezzo. In questa fase, la prassi vuole che venga versato una quota del prezzo pattuito
5. **atto pubblico** dinanzi al notaio → qui di solito si fissano diverse date intermedie per il versamento di altri acconti. Al momento dell'atto viene di regola versato il saldo del prezzo pattuito. A seconda del contenuto di ciascun accordo, ma di regola in questo momento, viene anche il trasferimento fisico del bene (che avviene attraverso la consegna della chiave d'accesso o nella dichiarazione della cessazione di un'ingerenza fisica da parte del venditore sul bene). Per ragioni fiscali, il prezzo che appare nell'atto pubblico è opportunamente ridotto (per la prassi italiana riduzione è di circa il 50%).
6. **Trascrizione** → se non ho sono elementi impediti di notaio provvederà alla trascrizione.

I vari ordinamenti danno maggiore o minore importanza l'uno o all'altro delle diverse fasi e tabiliscono un punto in cui la società passa:

3. In Francia la proprietà si trasferisce al momento della conclusione del compromesso
4. in Italia la proprietà si trasferisce con contratto definitivo (il preliminare di vendita immobiliare ha effetti solo obbligatori)
5. in Germania il passaggio della proprietà avviene con l'iscrizione
6. in Inghilterra nel momento della conveyance.

La vicenda è perfettamente concluso solo nel momento in cui trasferimento valido tutti gli effetti.

La trascrizione all'impatto sui terzi

Art 2643 prescrive che debbono essere trascritti i contratti che trasferiscono la proprietà dei beni mobiliari, nonché tutte le vicende di successione del diritto di proprietà immobiliare, che si verificano in conseguenza di un atto di disposizione del suo titolare, o di un suo rappresentante, o di organi dello Stato.

L'articolo successivo indica le conseguenze della mancata trascrizione di tali atti.

Gli art 2659 e 2826 elencano i requisiti formali, che devono essere compresi nell'atto, alla fine della sua trascrizione → non tutti questi requisiti devono essere contenuti nel definitivo, che trasferisce la proprietà fra le parti, risultando sufficiente a sicura riconoscibilità dell'immobile.

Avvenuta trascrizione, l'acquirente posto in grado di rendere il proprio titolo opponibile a chiunque non abbia trascritto prima di lui un atto impeditivo dell'efficacia erga omnes del diritto reale che ha acquistato, ove per atto impeditivo si deve intendere non solo un acquisto anteriore, ma anche una domanda giudiziale o un'ipoteca.

Per la giurisprudenza, se il trasferimento immobiliare volontario viene posto in essere a mezzo di donazione, la sola differenza, sta nel fatto che non è ammesso il contratto preliminare. Ciò è dovuto al fatto che l'art 2932 introduce un meccanismo di coazione all'adempimento, incompatibile con la spontaneità della donazione.

Una recente riforma → consente la trascrizione del preliminare di vendita immobiliare, anticipando i momenti in cui la vicenda traslativa diviene opponibile ai terzi.

La novità complica il quadro → si deve considerare che la vendita non contratto, avente fra i suoi effetti il trasferimento della proprietà. Ne consegue che una vendita con effetti solamente obbligatori è esclusa dalla dottrina fedele alla tradizione.

Il problema sta nel fatto che il preliminare di vendita, il quale non trasferisce la proprietà fra le parti (ma obbliga solo a stipulare un successivo contratto di compravendita) risulta idoneo a creare un effetto identico a quello traslativo nei confronti dei terzi. In altre parole, il preliminare offre un plus (opponibilità ai terzi del trasferimento) senza garantire il minus (trasferimento della proprietà fra le parti). È così spezzato il ragionamento che vuole trasferimento fra le parti precede il momento della sua opponibilità ai terzi.

La trama previsto dalla riforma (ispirata alla necessità di proteggere gli acquirenti di edifici da costruire o in corso di costruzione in caso di fallimento dei costruttori) è la seguente:

- Se si trascrive il preliminare prima della data di conclusione del definitivo → quando verrà

- trascritto il definitivo, il suo effetto retroagisce alla data di trascrizione del preliminare se le parti non stipulano il definitivo entro un anno dalla data prevista nel preliminare o in ogni caso entro 3 anni dal preliminare stesso → la trascrizione del preliminare perde efficacia.

Il contratto preliminare, una volta trascritto, trasferisce alcune prerogative proprietarie in campo l'acquirente → risulta trasferito il potere di trasferire il bene.

Es: Tizio, venditore attraverso preliminare, trasferisce a Caio il suo potere di alienare il bene → trascrizione preliminare crea un vincolo di indisponibilità del bene a carico dell'alienante e a favore dell'acquirente con efficacia anche nei confronti di terzi. Quindi ne deriva uno smembramento proprietario, per cui:

- Tizio resta proprietario per quanto riguarda il godimento e la funzione di garanzia della proprietà nei confronti dell'acquirente
- Caio diviene proprietario per quanto riguarda la garanzia nei confronti di terzi, che non abbiano trascritto le loro domande prima della trascrizione preliminare il potere di scelta circa chi debba essere il destinatario ultimo del bene.

Quindi preliminare alla funzione di porre il regolamento pattizio relativo godimento del bene, alle spese e alla percezione dei frutti, sino alla vendita, e di piegare la proprietà dell'immobile, allo scopo di garanzia del promettente alienante, per l'integrale pagamento del prezzo.

L'esigenza economica che impone di far tesoro del possibile smembramento della proprietà rifiutando la logica monistica-fisicistica, ha finito per far trionfare un modello traslativo più efficiente, basato sul binomio contratto e atto traslativo. La riforma recupera la possibilità di rendere punibile ai terzi una pattuizione come preliminare di vendita e sembra perciò andare nella direzione dell'efficienza. Il risultato è però stato raggiunto in modo contorto e formalistico (sono stati mantenuti atto pubblico e scrittura privata autenticata dal notaio) con conseguente aumento dei costi transattivi. Si è voluto infatti salvaguardare il modello traslativo tradizionale (vendita con effetti reali) e regna poca chiarezza circa la funzione del preliminare di vendita.

La crescita dei costi transattivi prenderà scarsamente utilizzato in preliminare, a causa dell'accresciuto formalismo, richiesto per la trascrivibilità. (si è incentivati a trascrivere direttamente il definitivo per via dei costi transattivi accresciuti).

La novità sembra circoscritta all'acquisto di unità immobiliari sulla carta, dove la legge crea una situazione proprietaria immateriale, che fa dell'acquirente un proprietario, in caso di fallimento dell'alienante prima del completamento fisico dell'opera. Ciò dovrebbe consentire 1+ agevole accesso al credito da parte dell'acquirente che messi in grado di offrire questa assurdità in garanzia.

La doppia vendita

Problema: Cosa avviene se Caio, dopo aver venduto l'immobile Tizio, stipulano seconda vendita con Sempronio, (oppure se Caio, dopo aver stipulato un preliminare di vendita con Tizio, vende a Sempronio, che trascrive prima che Tizio abbia trascritto).

Se Sempronio trascrive prima di Tizio diviene proprietario ex art 2644. Ma se Sempronio agisce con dolo o in malafede, si può ipotizzare la sua responsabilità extracontrattuale nei confronti del primo compratore, con l'obbligo di trasferire a quest'ultimo ai sensi dell'art 2058, il diritto acquistato.

Precedentemente in Italia la tutela contro la doppia alienazione era stata affidata l'azione revocatoria → essa permette al creditore di subastare il bene, al fine di ricevere la somma dovutagli per l'evizione (ma non di recuperare il bene in natura).

Da alcuni anni → viene affermata la responsabilità extracontrattuale del secondo compratore, fra conoscenza della precedente vendita, trascrive ed invochi l'art 2644 (però non esistono finora sentenze che applicano l'art 2058 a tale fattispecie).

In common law → Si è affermato una specifica figura di illecito contrattuale consistente nell'interferenza con l'altrui rapporto contrattuale

Germania → il creditore leso può invocare la regola di responsabilità delittuale contenuta nell'art 826 BGB, per mezzo della quale si deprime il comportamento riprovevole del terzo, autore della

lesione, che abbia ottenuto il compimento dell'atto traslativo. Tale azione delittuale comporta la possibilità per il giudice di concedere il risarcimento del danno in natura, con conseguente condanna del terzo a trasferire la proprietà della cosa al creditore di dare.

Francia → il compratore è legittimato ad agire per responsabilità aquiliana contro il terzo.

Le soluzioni giurisprudenziali francesi ed italiana, anche se sono apparentemente simili, cedono una notevole differenza → i giudici francesi ritengono in opponibile al primo compratore la seconda vendita e relativa trascrizione effettuata dal secondo compratore. Il primo compratore mantiene intatto il proprio acquisto senza ricorso al risarcimento del danno in natura. Si tratta di una regola proprietaria che entra in azione quando la lesione al credito di dare sia compiuta in mala fede e il terzo non si può liberare pagando una somma di denaro.

Invece in Italia la condanna del secondo compratore al risarcimento del danno ex art 2043, non ha comportato la condanna al risarcimento in forma specifica. Quindi la tutela del primo compratore non ha carattere pieno, ma viene garantita solo da una regola risarcitoria per equivalente.

Vi sono altre forme di protezione del credito di dare, che assume, in virtù della tutela accordatagli, la connotazione della situazione dominicale.

Infatti il credito di dare gode della piena tutela verso il debitore e può essere fatto valere in giudizio mediante l'esecuzione in natura dell'obbligazione: nei sistemi, le cui formule definitorie riconnettono il trasferimento del diritto ad un autonomo atto traslativo, si trova la regola dell'esecuzione in natura dell'obbligo di compiere tale atto.

Se un terzo minaccia di acquistare la cosa a titolo oneroso, in violazione dell'esistente rapporto obbligatorio, il creditore di dare gode della tutela inibitoria. La prassi forense italiana ha utilizzato in funzione inibitoria, il sequestro giudiziario, per le controversie che investono la proprietà o il possesso di una cosa.

Tornando alla doppia vendita, si deve precisare che lo Stato soggettivo del terzo, cioè la malafede, oscilla in maniera vistosa tra il comportamento moralmente riprovevole (cioè consapevolmente dannoso) per il creditore di dare e la mera conoscenza, od anche conoscibilità con l'ordinaria diligenza, dell'esistenza del credito di dare.

Diritti reali, diritti di credito e smembramento

E trasferimenti volontari della proprietà possono presentarsi in maniera variabile. Essi possono raggruppare in due famiglie:

- Trasferimenti completi
- trasferimenti parziali: si trasferiscono su alcune prerogative proprietarie

i trasferimenti parziali possono variare → può accadere che il trasferimento riguarda solo funzione di garanzia (es: ipoteca, pegno), o che il proprietario trasferisca il potere di disposizione o di amministrazione (trasferimenti fiduciari), o che il proprietario trasferisca una quota del bene (costituzione di una comunione) o che vengano create successioni temporanee del diritto di proprietà (es: multiproprietà).

Il problema di tutte le ipotesi di trasferimenti parziali è la difficoltà di indicare un soggetto che si è proprietario e che si è titolare responsabile della risorsa scarsa, cioè il soggetto titolare della residual claim. Questo è il soggetto titolare della pretesa residuale sulla proprietà: costui da un lato beneficia di qualsiasi utilità che il bene possa ancora conferire, una volta soddisfatte tutte le specifiche pretese altrui sullo stesso, dall'altra sopporta i rischi di ogni decisione relativa al bene e pretendo potere ultimo di coordinamento dell'attività di tali rischi fanno correre.

La necessità di individuare tale soggetto (che può essere un singolo o una collettività gerarchicamente organizzata) deriva dalla necessità di coordinamento dei diversi interessi contrapposti relativi al bene. Infatti la letteratura vede la proprietà, non solo come un aggregato di prerogative proprietarie, ma anche come coordinamento gerarchico, nel senso che una di queste prerogative deve trovarsi in condizioni di poter imporre a tutti il proprio potere decisionale ultimo. Il modello di proprietà individuale diffuso in Occidente favorisce il comportamento di poteri in capo un solo individuo padrone.

Risulta agevole differenziare l'analisi per una diversa tipologia di smembramenti → esistono:

3. Smembramenti non gerarchici: 1+ soggetti sono contitolari della stessa risorsa su un piede di parità formale
4. smembramenti di tipo temporale: la pluralità di soggetti coinvolti risulta scandita nel tempo secondo un modello sequenziale (es: multiproprietà turnaria)
5. lo smembramento può riguardare la pretesa residuale allocata ad un soggetto e il potere decisionale viene allocato da un altro individuo. L'ipotesi tipica è la proprietà fiduciaria, dove il residual claim è il fiduciante, ma il fiduciario rivendica potere decisionale pieno.

Le ultime due ipotesi sono accomunate da una serie di aspetti. In entrambi i casi smembramento della proprietà passa attraverso un gioco di regole contrattuali e proprietarie. Entrambe costituiscono ipotesi complesse, in cui si manifestano le concezioni più profonde della proprietà. Il contratto costituisce spesso lo strumento che dà vita a tali smembramenti, così esso costituisce il solo titolo che una delle parti può offrire, per giustificare la propria pretesa su talune delle prerogative proprietarie. Poiché il contratto costituisce un modello di allocazione delle risorse debole, la posizione che su di esso si basa deve rafforzarsi ed estendersi oltre lato passivo di un mero rapporto obbligatorio, sia nei confronti del titolare proprietario contrapposto sia nei confronti di terzi.

Il rafforzamento delle posizioni di uno dei contraenti, nei confronti della controparte e dei terzi, chiama in causa categoria radicate nel nostro diritto civile, quali la distinzione fra diritti reali e diritti di credito.

La proprietà temporanea

La dottrina civilistica italiana ha riconosciuto da tempo la possibilità teorica della proprietà temporanea. Come sono riconosciuti limiti all'estensione spaziale del diritto, possono concepirsi ai limiti temporali, legati alle condizioni del bene stesso. La proprietà di un bene consumabile cessa con il consumo fisico del bene stesso → Ciò non crea particolari problemi.

Diversa ipotesi in cui il bene abbia natura fisica tendenzialmente perpetua e si è circoscritto alla durata del diritto dominicale → su un terreno si può concepire una proprietà temporanea per la durata di 5 anni? Tale situazione può considerarsi proprietà?

Lo smembramento temporale di prerogative tendenzialmente perpetua ha fatto sorgere dubbi in dottrina e giurisprudenza. L'idea di una perpetuità della situazione dominicale, nell'ipotesi in cui perpetuo sia il bene suo oggetto, è fortemente radicata tra i giuristi → è pacifico che la proprietà non si prescrive in caso di non uso ventennale. Tale principio non è espressamente codificato, ma viene dedotto dall'art 948, che stabilisce la non prescritti verità dell'azione di rivendicazione. Quindi per perdere la proprietà è necessario l'attività positiva di una controparte attiva che possieda in modo continuativo ed avverso (non è sufficiente il non uso 20ennale).

Il principio della non prescritti verità della proprietà trova anche una giustificazione di tipo economico → Fra le utilità che un soggetto può trarre da un bene, c'è anche quella di non fare alcun uso.

Secondo alcuni giuristi non potranno mettersi un diritto di proprietà temporaneo → a questi fini esisterebbe già l'usufrutto.

L'idea di proprietà perpetuo, che viene generata la contrapposizione con l'usufrutto, si scontra con due problemi:

5. Da un lato l'usufrutto è oggetto di una normativa scarsamente flessibile e studiato con in mente una realtà economica solamente agraria, sicché difficilmente può fungere da alternativa funzionale rispetto la proprietà temporanea
6. d'altra parte, il nostro diritto conosce ipotesi di proprietà temporanea, che non hanno nulla a che vedere con l'usufrutto. Es: diritto di proprietà superficaria, costituito per un termine determinato.

Quindi la nozione di proprietà temporanea risulta ammissibile ed è alternativa rispetto l'usufrutto. Le ragioni economiche, che militano a favore della perpetuità, i problemi di coordinamento fra diversi proprietari temporanei richiedono cautela e chiarezza, nei rapporti fra perpetuità e temporaneità delle situazioni dominicali.

Quindi il principio generale è quello della perpetuità della proprietà, salvo che la temporaneità non sia espressamente prevista, in deroga al principio della legge, o da un accordo fra le parti, conoscibile ed opponibile ai terzi.

L'ammissibilità della proprietà temporanea comporta qualche riflessione sui rapporti intertemporali proprietari → cioè la proprietà temporanea fa sorgere la necessità di disciplina, volta a coordinare gli effetti della decisione presa dal proprietario a termine che vanno oltre la durata del diritto. Ciò impone di soffermarsi sui rapporti tra proprietà temporanea e usufrutto, soprattutto dal punto di vista del vincolo di destinazione economica. Infatti l'art 981 in materia di usufrutto stabilisce che "L'usufruttuario ha diritto di godere della cosa, ma deve rispettarne la destinazione economica". Per cui ci si deve domandare se sia possibile elaborare una nozione di proprietà temporanea sgravata dal vincolo di destinazione economica (una nozione da contrapporsi all'usufrutto) → una tale nozione trascinerebbe l'usufrutto, cioè si potrebbe applicare non solo alle cose materiali, ma alla generalità dei beni (anche ai diritti).

La visione della proprietà, come forma giuridica volta a conferire attività decisionale, si scontra con il problema della convivenza fra diritti incompatibili. Laddove si presenta tale problema, la libertà decisionale piena di un individuo può essere compressa riportata a ragionevolezza ad opera del giudice, che dovrà filtrare gli aspetti comportamentali irragionevoli e riportarli agli standards sociali. Il diritto deve proteggere la piena libertà individuale, laddove il comportamento del proprietario non scarichi i propri costi sui terzi.

L'ipotesi di diritti di proprietà temporanei (come i diritti reali di godimento) presentano problemi per il diritto, perché è l'intenso sfruttamento di un bene sul breve periodo che confligge necessariamente con la possibilità di goderne più lungo. Es: si acquista un'auto nuova, la utilizza e la rivende dopo sei mesi non è incentivato condurre un buon rodaggio (in quanto rodare un'auto comporta una riduzione dell'utilità che si può trarne subito a vantaggio di una maggior lunghezza della vita dell'auto).

Secondo la dottrina tradizionale, la differenza più rilevante fra proprietà temporanea ed usufrutto sarebbe da cercarsi nella libertà del proprietario del vincolo di destinazione economica → tale dottrina costruisce la proprietà come assoluta e non limitata. Ma impostare così il problema non è molto conveniente. Ci si deve rendere conto che, nell'ipotesi di usi incompatibili, la proprietà incontra già al suo interno importanti limiti strutturali del divieto di produrre esternalità. Infatti l'idiosincrasia del proprietario (che è una caratteristica strutturale fondamentale della proprietà) significa solo piena libertà di scelta sull'utilizzo delle risorse oggetto della proprietà stessa, ma non significa licenza di scaricare esternamente i costi delle scelte individuali.

Quindi nell'ipotesi della proprietà temporanea il vero problema consiste nel rapporto paritario fra proprietari successivi, nel senso che non esiste un proprietario residuale, la cui decisione sulla destinazione economica debba essere rispettata dagli altri. Ma ciò non significa che il proprietario temporaneo possa compiere scelte idiosincratice, i cui costi siano supportati dai proprietari successivi. Egli può compiere solo scelte idiosincratice, di cui può sopportare i costi. Cmq il proprietario temporaneo resta pienamente sovrano della scelta che pone in essere, purché tale scelta si è interna al proprio diritto ed egli ne internalizzi i costi.

Es: Tizio acquista la proprietà temporanea di una fattoria, nessuno potrà impedirgli di trasformarla in un campo da golf. Il proprietario successivo Caio, non avrà a disposizione alcuna inibitorie per impedirgli tale utilizzo. Allo scadere del termine, l'ipotesi saranno due: se Tizio e Caio si erano accordate per la restituzione del bene in una determinata condizione, Tizio sarà tenuto, a proprie spese, a riportare il bene in quella condizione, salvo che ottenga il consenso di Caio a restituirlo nel nuovo stato. Se invece l'accordo non c'era, Caio riceverà il bene nelle nuove condizioni e sarà libero di trasformarlo come meglio crede.

Una semplice applicazione del teorema di Coase mostra come la presenza o meno dell'accordo iniziale non abbia conseguenze drammatiche sull'efficiente allocazione delle risorse → se la nuova destinazione economica attuata da Tizio costituisce una scelta efficiente, Caio terrà da questa maggiore utilità e accetterà il bene. Se invece la scelta non è efficiente, Caio potrà pretendere che il bene gli si è restituito nelle condizioni precedenti.

Quindi Caio avrà a disposizione rimedi inibitori nei confronti delle scelte di Tizio, limitati alle ipotesi in cui il mutamento di destinazione abbia effetti irreversibili ed estranei alla sfera proprietaria temporanea di Tizio. In tutte le altre ipotesi, l'apparato rimediabile sarà di tipo risarcitorio successivo.

L'idea di un vincolo di destinazione economica muta le regole di default, cioè in sua presenza alla scelta ultima non spetta al proprietario temporaneo (usufruttuario), ma spetta al nudo proprietario. Sarà l'usufruttuario a doversi far carico dell'iniziativa di negoziare le condizioni di restituzione. L'applicazione del teorema di Coase mostra come tale differenza di regola non sia drammatica e costituisce un criterio di distinzione debole fra proprietà temporanea ed usufrutto.

Proprietario e manager

Supponiamo: Tizio e Caio vivono in un'economia primitiva (la popolazione vive di allevamento e l'agricoltura). La proprietà è divisa in quote uguali, per cui ciascuno a un pezzo di terra e tre mucche.

Il lavoro giornaliero di una persona per 12 ore è sufficiente per mungere le mucche, portarlo al pascolo a coltivare il campo con una cultura → queste condizioni non potranno innovare e progresso.

Ma: se Tizio e Caio si accordano in modo che Tizio si occupi di sei mucche e Caio ari un'estensione doppia di terreno → Si favorisce la specializzazione, quindi Tizio e Caio otterranno lo stesso risultato efficiente con otto ore di lavoro ciascuno. Inoltre entrambi potrebbero dedicare il tempo libero a sperimentare nuove attività, come la diversificazione nelle piantagioni alla ricerca di nuovi incroci per ottenere molto più forti → si pongono le basi per l'innovazione.

Se Tizio trasferisce le tre mucche a Caio, e questo si impegna a migliorarne la qualità e renderle fine rapporto mucche migliori → Caio, ricevute le mucche, avrà un forte incentivo a divorarle o venderle (massimizzando la propria utilità), salvo che il tizio non disponga di strumenti giuridici sufficienti per scongiurare che ciò avvenga. Quindi il diritto deve offrire al tizio strumenti per controllare le sue mucche, nonostante queste siano disposizioni di Caio, che deve considerarle come sue e poterne disporre per perseguire l'innovazione.

Questo è il problema di smembramento pianificato della proprietà, noto come trust.

In questo rapporto si deve capire chi è il proprietario delle mucche → secondo il concetto unitario di proprietà, si possono dare solo due risposte:

- Tizio ha trasferito la proprietà a Caio, per cui Caio è il proprietario e Tizio ha un mero credito nei suoi confronti.
- Tizio si è tenuto la proprietà e Caio svolge la sua attività manageriale per conto di Tizio, sulla base di un rapporto obbligatorio. Quindi proprietario sarà Tizio.

Entrambi questi schemi (fiducia romanistica e fiducia germanistica) sono rozzi e non idonei a soddisfare le esigenze di Tizio e di Caio, infatti:

12. Nella prima ipotesi Tizio non sarà tutelato nei confronti degli altri creditori di Caio e sarà meno tutelato se Caio trasferisce o divora le mucche
13. Nella seconda ipotesi Caio non potrà esercitare il potere decisionale del proprietario, perché tizio, non avendo a disposizione efficaci rimedi per difendere le sue mucche, svolgerebbe un'ingerenza tramite controlli preventivi per garantire che Caio si comporti in modo corretto.

Quest'alternativa, che penalizza la spedita e la flessibilità della gestione manageriale, può scoraggiare la conclusione di contratti di gestione di questo tipo, con impatto negativo sulla specializzazione sull'innovazione. Quindi il diritto per favorire la specializzazione e l'innovazione, dovrà farsi carico di prevedere norme per regolare i meccanismi di gestione fiduciaria in assetto economico eliminando i disincentivi menzionati → altrimenti verranno conclusi meno contratti di gestione fiduciaria.

Per risolvere il problema, basta rendersi conto che la domanda "Chi fra Tizio e Caio è il vero proprietario?" è mal posta, in quanto pone un'alternativa secca fra l'essere o meno proprietario. Sul piano normativo, una tale alternativa, frutto della concezione umanistica della proprietà, produrrebbe effetti competitivi disastrosi. Per cui bisogna uscire da questo modo di pensare tipico

della tradizione romanista e occorre farsi carico di due problemi:

- Il primo è creato dalla diffusa concezione che solo la presenza di un sistema binario, cioè di due circuiti alternativi (uno di common law w uno di equity), rende possibile l'utilizzo del trust
- il secondo è creato dall'idea che i principi presunti fondamentali, come il numero chiuso dei diritti reali, costituiscono una barriera insormontabile per il trust.

Il primo problema deriva da un'illusione creata dalla cultura comparatistica meno avveduta →

Infatti sul piano storico, in common law non ha senso porsi la domanda di chi sia il vero proprietario, in quanto qui si è abituati a vedere due diversi proprietari: un legal owner (Caio, il manager) ed un equitable owner (Tizio, beneficiario della gestione). Ciò ha indotto molti a pensare che una tale divisione delle prerogative proprietarie potesse derivare solo dalla dinamica competitiva fra un doppio circuito di corti. Ma tale conclusione è fasulla (es: in Scozia si conosce il trust al di fuori di qualunque dualismo di corti).

Quindi il trust, come se smembramento della proprietà e delle sue prerogative, non deriva da un doppio circuito di corti, ma da un diverso modo di pensare del giurista di common law, il quale da sempre vede la proprietà, non come allocazione di un determinato bene ad un soggetto, ma come allocazione delle diverse utilità, che da un bene derivano ad uno o più soggetti.

Da questa concezione discende la dematerializzazione della idea di property, la sua molteplice allocabilità.

Per cui la vera domanda per il common lawyer (non è chi sia il vero proprietario) è quali prerogative abbiano i vari soggetti coinvolti nel rapporto sul trust fund, inteso come aggregato individualizzato delle utilità, che derivano dai beni in esso conferiti, nel momento in cui il trust viene istituito.

Es: mucche sono i beni conferiti nel trust fund.

Su fasce di prerogative relative al fund che vengono allocate a Tizio, Caio non ha alcun potere e viceversa (Tizio non potrà interferire nell'attività manageriale di Caio). Salvo accordo contrario, Caio non potrà vantare pretese su incrementi di valore inaspettati o dovuti alla fisiologica incorporazione del plusvalore generazionale del fund stesso.

Es: se in un terreno parte del fund si trova il petrolio che mi comporta un aumento di valore, a beneficiarne come residual claim, sarà Tizio.

In base agli stessi principi, nel caso di fallimento del manager, i beni che si trovano nel trust fund non sono suoi, per quanto riguarda le possibilità di soddisfazione dei creditori fallimentari. I pini del fund non c'entrano nulla e sono del tutto separati dei beni di Caio.

I creditori di Tizio potranno Soddisfarsi sul bene, ma solo nei limiti dell'utilità che Tizio poteva trarre dal bene stesso → solo queste utilità costituiscono la sua proprietà individuale.

Il trust può essere visto come il meccanismo istituzionale utilizzato per separare le sfere proprietarie i diversi protagonisti. Esso frappone un cuscinetto (fund) dotato di una propria autonomia nei confronti dell'uno e dell'altro → infatti sia Tizio e Caio sono proprietari di talune prerogative relative ai beni del fund, ma non sono proprietari del fund stesso, inteso come aggregato dei beni materiali. La concezione smembrata e dematerializzata della proprietà, consente di inquadrare i problemi del trust come conflitti su risorse scarse, che il diritto risolve bloccando e garantendo sfere proprietarie separate.

Il trust viene utilizzato e descritto come un meccanismo di amministrazione fiduciaria, non ha volto alla protezione dell'interesse di chi lo pone in essere, ma a quella di un terzo, non di rado un minore, un incapace o una persona non ancora nata.

La funzione del trust, come strumento intergenerazionale di trasmissione della ricchezza, ha fatto perdere di vista l'evoluzione del nostro istituto negli ambiti commerciali, ambiti in cui domina la struttura binaria, perché chi costituisce il trust lo fa nel proprio interesse.

È in quest'ambito che la creazione ad opera del diritto di un artificiale interesse del trust fund pone le premesse indispensabili per la canalizzazione all'interesse generale degli interessi individuali ed egoistici, dell'investitore e del manager.

Il passaggio dal trust di famiglia al trust commerciale è un episodio ulteriore di

commercializzazione del diritto civile e c'importa di introdurre una prima riflessione teorica volta a confutare l'idea secondo cui il trust farebbe parte del patrimonio giuridico della tradizione romanistica.

Questo punto si devono fare un paio di considerazioni.

Il regime della fondazione (noto in Italia) a struttura identica a quella del trust, nella sua forma charitable, cioè di quel trust, in cui i beni del fund sono esplicitamente dedicati a un interesse ulteriore e terzo.

Il trust, nella sua essenza aggregato di regole giuridiche, capaci di monitorare interessi contrapposti, analizzando l'interesse delle parti alla massimizzazione del valore del fund, non è assente dal nostro diritto positivo. Esso è assente nella sua natura euristica di organizzazione di tale insieme di regole, contenute in una pluralità di interventi settoriali nell'ambito di uno schema ordinanti fondamentale. Questa mancanza di uno strumento intellettuale capace di organizzare una disparità di fonti all'interno di un insieme organizzato di principi, costituisce un ritardo culturale della nostra civilistica.

Tutto ciò a dispetto dell'intervento del legislatore che, nel 1989, recependo la convenzione dell'Aja sul trust, ha chiarito che il trust deve essere riconosciuto nel nostro diritto e non può essere considerato contrario l'ordine pubblico.

La nostra dottrina propone due paletti al pieno sviluppo di una dottrina sul trust commerciale:

- art 2740 stabilisce che “ il debitore risponde nell'adempimento dell'obbligazione con tutti i suoi beni, presenti e futuri”. Al co 2 tale art ammette eccezioni, ma solo fatto salvo una riserva di legge. Gli interpreti hanno sostenuto che la costituzione di un trust violerebbe con questo principio, perché l'autonomia del trust fund sottrarrebbe beni alla soddisfazione dei creditori. Ciò però non è vero perché il trust sarebbe un regime contenuto nelle leggi (per cui non ci sarebbe alcuna violazione della riserva di legge), e non si tratta di una sottrazione perché quei beni non appartengono al debitore, ma la soddisfazione dei creditori risulterebbe garantita dal flusso di reddito offerto dal fund.
- Altro ostacolo allo sviluppo del trust, sarebbe il principio del numero chiuso di diritti reali, che significherebbe la presenza di una riserva di legge. Ma anche questo non è un vero paletto perché in realtà è il legislatore prevedere diritti reali attraverso la legge.

Quindi i principi esposti non sono contrari al trust..

l'interprete deve farsi carico della salvaguardia delle esigenze di tutela, proprio diritto civile per evitare che la commercializzazione e le sue esigenze di efficienza trasferiscano i costi del cambiamento istituzionale soggetti innocenti. La domanda che dobbiamo affrontare è la seguente: come si può far sì che, nella dinamica dei poteri allocati all'investitore e al manager di un fund, non prevalgono gli incentivi a scaricare i costi all'esterno e mantenere i benefici all'interno del fund, inteso come aggregato dell'interesse dell'investitore dell'amministratore?

Dobbiamo chiederci se è possibile oggi in Italia costituire un determinato patrimonio in trust (fondazione esclusa) per ottenere l'aggregato dei beni di un'amministrazione specialistica, di un effettivo monitoraggio di mediale fatto di strumenti proprietari e di una immunità da rischi di un fallimento?

La risposta può essere positiva solo se sono allestiti adeguati strumenti di notifica di questa situazione ai terzi. Di solito si ritiene che tali strumenti siano necessariamente beni pubblici, offerti dallo Stato. Occorre interrogarsi sull'esistenza di un obbligo del conservatore dei registri immobiliari a ricevere l'annotazione di un trust, al di là di qualsiasi legge. Tale obbligo è difficile da configurare, nelle ipotesi diverse da quella prevista per legge di un trust costituito all'estero. È possibile percorrere un'altra via e scartare natura di bene pubblico di questo tipo di informazioni, ponendo a carico di chi intende costituire un trust il costo di portarne la costituzione a conoscenza dei terzi. Quindi strumenti privati disponibili non sono difficili da immaginare includendo essi i normali mass media e le reti internet.

Quindi lo smembramento della proprietà è una soluzione efficiente, nella misura in cui proprietari si facciano sempre carico di costi sociali che possono derivarne.

Riassumendo:

TRUST = è lo smembramento della proprietà e delle sue prerogative; deriva da una visione diversa della proprietà (non come allocazione di un bene ad un soggetto), come allocazione delle diverse utilità che da un bene derivano a uno o a più soggetti.

Quindi su un medesimo trust fund (= aggregato individualizzato delle utilità), il quale è dotato di una propria autonomia, i soggetti avranno diverse prerogative proprietarie.

ES: tizia trasferisce delle mucche a Caio → nella visione umanistica della proprietà si tende cercare chi è il proprietario

con il trust, non c'è un proprietario, ma hanno entrambi delle prerogative proprietarie diverse →

Tizio avrà poteri di monitoraggio ecc, mentre Caio avrà poteri di gestione → tali prerogative sono separate e non possono confondersi.

CAPITOLO VII

I POTERI DEL PROPRIETARIO

Crisi ed inadeguatezza di un paradigma

Il giurista romanista che viene posto di fronte alla domanda di quali siano i poteri del proprietario, può offrire una risposta incentrata sulla triade del diritto comune: utendi-fruendi-abutendi. L'origine di questa definizione si spiega con l'assenza di una definizione generale di proprietà del diritto romano classico → quindi giuristi medievali ricorsero l'idea di utendi-fruendi in materia di usufrutto e vi aggiunsero la nozione di abutendi, comprendente il potere di alienare il bene, abbandonarlo e distruggerlo. Tale nozione ha prevalso per lungo tempo.

Rivoluzione francese → ha eliminato la struttura federale ed ha introdotto il binomio libertà-proprietà. Quindi in Francia e in Italia, la successiva evoluzione ideologica ha spinto i giuristi a ripensare criticamente tale binomio e l'attenzione si è spostata sui limiti della proprietà nell'analisi della struttura dell'istituto è rimasta ancorata all'antico paradigma.

Anche in Germania → si è sentito l'influenza della rivoluzione francese. Si è formalizzato nella parte generale del BGB il legame fra proprietà e cosa corporale.

Common law → non si è verificata una rottura netta con la tradizione. In materia di proprietà della contrapposizione sistemato logica classica diventata quella fra proprietà assoluta e proprietà relativa. Per i giuristi di common law, le questioni più problematiche relative al land use (godimento fondiario) sono sottratto la materia proprietaria, facendo parte del law of nuisances (è un tort). Ciò significa che, nell'ambito del godimento fondiario nella dimensione della soggezione ad aver preso il sopravvento su quello dei poteri. Quindi la definizione di proprietà, che più si presta cogliere la complessa realtà sottostante al nostro istituto, sia quella comune fra i giuristi di common law che decompone la proprietà in un fascio di facoltà, potere, soggezioni ed immunità.

L'inadeguatezza della concezione dominicale romanista si nota soprattutto quando si pensa all'attività d'impresa e l'efficienza dell'organizzazione → quest'ipotesi apre il confronto con altre discipline quali d'esempio diritto del lavoro e in diritto amministrativo.

Tale inadeguatezza ancora più evidente quando si pensa situazioni come l'ovulo fecondato, DNA, banca del seme.

Questo però non è la crisi della proprietà, ma solo della nozione borghese della proprietà privata basata sulla sede romanista. Costatare questa crisi, non deve significare crisi delle potenzialità ordinanti della proprietà come istituzione giuridica indispensabile per l'organizzazione delle relazioni giuridiche relative a beni scarsi, desiderati ed ambiti più consociati ed aventi per questo valore di mercato.

Il nostro compito sarà quello di riflettere sulla proprietà come istituzione produttrice di incentivi. Quindi un soggetto avrà interesse ad acquistare la proprietà su un determinato bene, in quanto la differenza fra i benefici che gli derivano dalle facoltà e dai porteri e i costi che gli derivano dagli obblighi e dalle soggezioni, abbia segno positivo. Solo qualora la proprietà sia positiva essa farà scattare il meccanismo competitivo volto alla sua acquisizione, che mette in moto il mercato.

Abuso

Abutendi → È il potere di trasferire un bene (questo è un utilizzo fisiologico, qualunque sia la natura del bene, anzi tra tributo con questa centralità nella dematerializzazione della ricchezza), di distruggerla e abbandonarlo.

La situazione di abuso varia per categorie di beni → es: l'abbandono alla distruzione di un'automobile È oggetto di disciplina pubblicistica e non è ammissibile la semplice derelictio.

L'abbandono di animali domestici è un comportamento illecito; ancora vi sono beni il cui utilizzo comporta la produzione di scorie pericolose, di cui è vietata la derelictio.

Per altri beni, le nozioni di distruzione ed abbandono sono difficilmente configurabili → è il caso della ricchezza di materializzata che non può essere abbandonata.

In questo scenario l'importanza dello ius abutendi risulta limitata e non idonea ad offrire un supporto teorico.

Si deve quindi rivedere sulla nozione di abuso del diritto → La teorica tradizionale presenta tale

nozione come una sorta di bisticcio logico tra la libertà idiosincratca e modalità socialmente meritevole di tutela del suo esercizio.

Ma risulta più agevole distinguere l'ipotesi in cui il comportamento idiosincratco costituisce manifestazione di una legittima ed insindacabile strategia volta al perseguimento dell'utilità individuale. Ed ipotesi in cui il perseguimento dell'utilità finisca per scaricare sui terzi i costi dell'esercizio della proprietà costituendo un trasferimento di ricchezza al di fuori di un accordo di mercato.

Es: un proprietario a monte di via, senza un apparente giustificazione, un flusso d'acqua, che il proprietario a valle imbottigliava ed immetteva sul mercato. Tale comportamento non può considerarsi abusivo, se lo si inquadra come strategie del proprietario a monte per farsi riconoscere quali titolare di una delle risorse utilizzate a valle del processo produttivo dell'acqua minerale. Se tale comportamento fosse considerato abusivo, il proprietario a valle risulterebbe arricchito a spese del primo (perchè i metterebbe sul mercato una risorsa di cui non ha sopportato il costo). Quindi la produzione dell'acqua minerale richiede l'acquisto sul mercato di tutti i fattori produttivi, compreso l'acquisto sul mercato delle risorse idriche provenienti dal fondo sovrastante.

Se il discorso sull'abuso del diritto non vuol essere semplicistico occorre farsi carico del problema di distinguere quanto possa considerarsi interno alla sfera di un proprietario e quanto invece si esterno ad essa → una volta definiti i diritti proprietari è possibile discutere di esternalità.

Innanzitutto, si deve sostenere che il divieto di abuso è una regola e non un'eccezione. Infatti è sufficiente considerare la proprietà come un'istituzione fondamentale di un mercato efficiente, per considerare l'abuso del diritto inaccettabile quando consiste nella ricerca dell'utilità individuale a spese di altri consociati. È quindi necessario porre attenzione alle fonti o per azionari che limitano i contrapposti interessi dominicali sulle risorse scarse per giungere ad una distinzione fra le azioni che rientrano nella sfera proprietaria e quelle che non rientrano.

Si tratta di valorizzare la dimensione relazionale sociale della proprietà come istituzione di un mercato efficiente → infatti vi sono una pluralità di regole formali ed informali prodotte dalla legge, dalla consuetudine e dal mercato che consentano di verificare l'allocazione ex ante di quelle poste che fanno presumere che certi comportamenti siano interni trasferendo individuale.

Quindi l'analisi dell'abuso del diritto può portare a risultati soddisfacenti solo quando, abbandonata l'immagine del proprietario isolato, lo collochi sul mercato, come protagonista di una trattativa costante con altri soggetti. La teoria dell'abuso del diritto serve ad allocare a ciascun proprietario i costi opportunità delle sue scelte, inquadrandolo come protagonista di un negoziato governato da regole di condotta provenienti da una pluralità di fonti. Quindi buona fede nelle trattative e abuso del diritto sono concetti speculari, che fanno da sfondo alla vita economica della proprietà come istruzione giuridica.

Tipicità dei poteri proprietari e rendita fondiaria

Art 840 “ *Sottosuolo e spazio sovrastante al suolo. La proprietà del suolo si estende al sottosuolo, con tutto ciò che vi si contiene, e il proprietario può fare qualsiasi escavazione od opera che non rechi danno al vicino. Questa disposizione non si applica a quanto forma oggetto delle leggi sulle miniere, cave e torbiere. Sono del pari salve le limitazioni derivanti dalle leggi sulle antichità e belle arti, sulle acque, sulle opere idrauliche e da altre leggi speciali.*”

Il proprietario del suolo non può opporsi ad attività di terzi che si svolgono a tale profondità nel sottosuolo o da tale altezza nello spazio sovrastante, che egli non abbia interesse ad escludere”

Art 841 “ *Chiusura del fondo. Il proprietario può chiudere in qualunque tempo il fondo”.*”

Questi due art sono le poste attive della proprietà fondiaria:

- **Art 841:** “ *il proprietario può chiudere in qualunque tempo il fondo*” -->introduce il principio generale per cui proprietario fondiario ha il potere di escludere chiunque dai confini geografici del proprio fondo
- **art 840** stabilisce che il potere di esclusione del proprietario si estende al sottosuolo e allo

spazio sovrastante il suolo.

Questi due art sono soggetti ad innumerevoli eccezioni, ma comunque sono dotati di significato:

- Sia sul piano interpretativo → confermano l'opzione di fondo che vuole proprietario libero di fare tutto ciò che gli pare all'interno della sua proprietà, qualora non esista una preclusione. Cioè confermano il rapporto fra regola ed eccezione (già fissato dall'art 832, per cui il proprietario ha diritto di godere disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo entro i limiti e gli obblighi previsti dall'ordinamento).
- Sia sul piano delle fonti → l'art 841 offre un'ulteriore garanzia alla proprietà privata, perché introduce una riserva di legge a favore del potere di escludere.

Quindi: lo statuto dei poteri del proprietario è costituito dall'art 840,841, dalle disposizioni relative all'acquisto di frutti civili e naturali.

Ma l'aggregato delle poste attive della proprietà fondiaria è determinato da fattori più potenti che non possono essere codificati da un legislatore → infatti sono dinamiche di mercato, determinate da fattori complessi economici e culturali che conferiscono maggiore o minor valore ad una singola proprietà. Es: Un immobile riceve la maggior parte del suo valore da quanto avviene intorno ad esso. Infatti la proprietà fondiaria assorbe l'esternalità positive, provenienti dalle attività pubbliche e private (nell'es: si accresce il valore di una determinata zona residenziale la creazione di strutture ricreative, di zone verdi e di scuole).

Quindi il nostro diritto è attento al controllo dell'esternalità negative ed assumere un atteggiamento diverso, quasi di astensionismo, rispetto quelle positive.

Alla luce di queste considerazioni, potremmo dire che la più importante posta attiva della proprietà fondiaria è l'assorbimento generalizzato dell'esternalità positive.

Infatti è la speranza di un tal assorbimento che determina la speculazione e gli investimenti fondiari. Il sistema fiscale cerca di partecipare a tale surplus, restituendolo in parte alla collettività, attraverso la tassazione dei trasferimenti immobiliari. Tale tassazione, proporzionale al valore, dovrebbe consentire di riflettere tale assorbimenti di benefici in capo proprietario immobiliare → questa è la questione della rendita fondiaria, la quale tocca equilibri molto sensibili.

Per cui lo strumento più efficiente per farsi carico di questi problemi è quello fiscale. Una riconsiderazione periodica del valore di mercato immobiliare costituisce la strada meno costosa, per spogliarmi in parte capitale della rendita fondiaria, senza deprimere eccessivamente il mercato immobiliare. A fronte di essa, sarebbe auspicabile la possibilità di detrarre le spese di mantenimento immobiliare, al di fuori da provvedimenti eccezionali, quali quelli introdotti in Italia di recente per incentivare le ristrutturazioni, ma come riconoscimento strutturale del contributo del proprietario alla creazione della rendita fondiaria a fronte della tassazione della stessa.

Potere sul sottosuolo

Art 840 prevede il potere per il proprietario di godere del sottosuolo → mostra anche all'opera il limite generale al potere del proprietario posto nell'interesse del vicino.

Il diritto sul sottosuolo non è privo di valore per il proprietario fondiario → le tecniche di impermeabilizzazione e illuminazione Consentono di sfruttare il sottosuolo in modo efficiente. I limiti pubblicistici, relative all'edificabilità fondiaria, sono meno penetranti in materia di sottosuoli e anzi spesso l'escavazione viene incentivata. (es: è più facile ottenere una concessione edilizia per realizzare un posteggio sotterraneo piuttosto che sopraelevare di un piano proprio edificio).

Il proprietario, oltre che godere del sottosuolo trasformato, nonché il potere di disporre anche permanentemente, alienandolo separatamente → tale potere è previsto dall'art 955.

Singolare un'interpretazione giurisprudenziale che vieta proprietario l'alienazione separata del sottosuolo, qualora non sussista già una costruzione.

La formula secondo cui “il proprietario del suolo non può opporsi ad attività di terzi che si svolgano a tale profondità nel sottosuolo che egli non abbia interesse ad escludere”, si spiega con la mancata codificazione di un divieto generale di abuso del diritto.

Art 840 co 1 Stabilisce che la novità si estende al sottosuolo, con tutto ciò che vi contiene → ma sono previste molte eccezioni, tali da svuotare di contenuto significativ norma.

Infatti, se il sottosuolo ha un valore, dovuto dalla sua composizione geologica o fisica, il proprietario fondiario resta intrappolato nella normativa pubblicistica su miniere cave ed torbiere → al proprietario sarà dovuto un indennizzo per il fondo che diviene scoppiato a scopo di estrazione mineraria, che però non comprende alcun valore dei minerali stessi.

Il proprietario non può opporsi le ricerche, che vengono autorizzate dalla PA.

Il diritto del proprietario fondiario a tenersi il Tesoro che si trovino troppo sottosuolo (salvo l'obbligo di pagare la metà del valore l'inventore), è suo tasso di significato dalla normativa sui progetti di interesse storico o archeologico: questi sono attribuiti in proprietà alla PA.

Quindi si può concludere che: le proprietà fondiaria non comprende il valore eccezionale del fondo → al titolare è attribuito solo quel valore che era prevedibile che la terra avesse, mentre è esclusa l'appropriazione delle conseguenze favorevoli delle sorprese che solo può riservare (ciò è giustificato sul piano dell'efficienza, in quanto limitando il fattore sorpresa, aumenta la certezza dei confini dei diritti proprietari).

Fra i poteri che vengono attribuite proprietà le fondiario, vi è anche quello di scavare proprio fondo → tale potere è limitato nell'interesse del vicino con diverse tecniche normative → in questo caso non sono sufficienti principi generali volti ad impedire l'esternalità le cattive, poiché scavare un buco può avere effetti destabilizzanti del fondo altrui e di conseguenza tale attività viene trattata con apposite specificazioni.

Gli artt 889 e 891 esplicitano, nell'ambito del regime delle distanze, tale scelta. Il nostro diritto esclude l'approccio seguito dal BGB e in common law, per cui l'attività perforatoria deve fare sempre i conti con il suo impatto sul fondo altrui. Quindi il mero rispetto delle distanze sufficiente perché il potere perforatorio sia esercitato in modo lecito. Quindi la scelta delle distanze fisse incentiva il negoziato diretto e promuove l'efficienza. Il solo correttivo che il nostro codice riconosce, rispetto alle distanze prescritte dagli art in esame, è quello degli usi e dei regolamenti locali e del negoziato tra le parti. Introdurre altre, allocati al giudice, porta ad un' inefficiente ridiscussione ex post delle sfere proprietarie. Inoltre tale soluzione è stata scartata dal nostro codice.

Il godimento delle acque interne

Art 909 *“Diritto sulle acque esistenti nel fondo. Il proprietario del suolo ha il diritto di utilizzare le acque in esso esistenti, salve le disposizioni delle leggi speciali per le acque pubbliche e per le acque sotterranee.*

Egli può anche disporre a favore da altri, qualora non osti il diritto di terzi; ma, dopo esservi servito delle acque, non può divertirle in danno d'altri fondi.”

L'efficiente allocazione delle acque è un nodo cruciale nella materia proprietaria in tutti diritti.

Si devono affrontare problemi diversi dal punto di vista economico, a seconda che si tratti di acque stanziali o di acque correnti → solo nel secondo caso si avrà il problema della proprietà fuggitiva.

Il nostro codice a seguito tale differenza di regime, disciplinato negli art 909 e 910 → entrambe hanno per oggetto solo le acque che non siano né pubbliche né sotterranee → Queste ricevono una disciplina speciale, volta garantirne l'uso pubblico efficiente, la gestione compatibile con una corretta politica del territorio e la tutela nei confronti delle infiltrazioni inquinanti. Tale disciplina speciale, contenute in leggi, regolamenti amministrativi e fonti comunitarie, è amministrata da un particolare organo giurisdizionale: il tribunale delle acque pubbliche.

Art 909 si riferisce alle acque stanziali, attribuendo proprietario il diritto di utilizzare e disporre delle acque esistenti nel suolo.

Art 910 si riferisce alle acque correnti, perché si rivolge proprietario di un fondo attraversato da un'acqua non pubblica che corre naturalmente.

Legge 5-1-1994 n°36 ha sancito che “Tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, sono pubbliche”. È rimasta libera raccolta delle acque piovane in invasi e cisterne, al servizio di fondi agricoli o di edifici.

Art 909 co 2 pone dei problemi in quanto inibisce il proprietario, che si è servito delle acque

esistenti al suolo, di “divertirle” in danno ad altri fondi.

In tale art sono disciplinate solo le acque che esauriscono il loro intero flusso all'interno dei confini di un dato fondo, nonché i laghi e stagni. Il proprietario può utilizzare a suo piacimento dalle acque, sia personalmente, sia alienandole ad altri che vogliono servirsene, qualora non siano diritti di terzi. L'unico utilizzo precluso al proprietario è quello che abbia per effetto di creare danni ai proprietari vicini. Tale danno consegue alla diversione, cioè cambiamento dello stato delle acque, a seguito del quale esse debordino o defluiscano nel fondo altrui.

Tale norma esclude un limite generale del normale tollerabilità relativo alle conseguenze dell'uso delle acque stanziali.

Il godimento dell'utilizzo delle acque che attraversano il fondo

diversa è la fattispecie dell'art 910.

art 909 → si riferisce ad ipotesi non destinate a far nascere grande conflittualità, perché la fattispecie disciplinata è molto rara (corso d'acqua che costituisce il confine fra due separate proprietà o le traversi entrambi).

Il nostro diritto attribuisce al proprietario il diritto di usare l'acqua corrente. Egli può, mentre essa scorre, “farne uso per l'irrigazione dei suoi terreni e per l'esercizio delle sue industrie, ma deve restituire le colorature e gli avanzati al corso ordinario”.

Il diritto italiano sembra porsi in sintonia con l'approccio seguito nelle zone più ricche d'acqua degli Stati Uniti (in cui è consentito al proprietario rivierasco l'uso ragionevole). Ma possono sorgere dubbi circa l'efficienza di tale sistema nelle zone più aride della nostra penisola → forse sarebbe meglio che le regole proprietarie in materia fondiaria fossero tracciate a livello regionale.

Di fronte all'art 910 sorgono molti dubbi interpretativi → resta il dubbio del perché è al proprietario fondiario sia consentito l'uso solo per l'irrigazione dei suoi terreni e per l'esercizio delle sue industrie, in quanto tale scelta a favore dell'uso produttivo dell'acqua sembra incompatibile con un diritto proprietario sull'acqua che attraverso il fondo (es: un'interpretazione restrittiva vieterebbe al proprietario di deviare il corso per riempire una piscina a scopo di piacere, mentre non gli vieta una direzione più consistente per azionare un mulino). Tale lettura non è da accogliere → È meglio interpretare estensivamente la locuzione “industria”, nel senso più generico di attività. In tal modo il proprietario fondiario si vede riconosciute v'era proprio diritto proprietario sull'acqua corrente (solo limitato dai diritti contrapposti) e non gli si preclude il trasferimento del diritto sulla risorsa fuggitiva, separatamente da quello sul fondo, qualora un accordo in tal senso sia raggiunto.

Le regole in tema di utilizzazione delle acque non essere coordinate con la legge del 1994 n°36, che introduce due disposizioni di rilievo:

4. La prima consiste nella direttiva per l'utilizzazione dell'acqua secondo criteri di solidarietà
5. La seconda consiste nella graduazione degli usi dell'acqua: l'utilizzazione per il consumo umano è prioritaria; dopo il consumo umano, in casi di scarsità, deve essere assicurata la priorità dell'uso agricolo; poi si potrà derivare l'acqua per usi industriali.

La normativa è ulteriormente specificata dall'**art 911** che conferisce dei limiti al potere del proprietario fondiario di perforare il suolo, al fine di aprirvi sorgenti, o, approvvigionarsi d'acqua. Il proprietario è libero di perforare il fondo per ricavarne acqua, purché gli effetti della sua attività restino all'interno della sua sfera. La norma è una specificazione del potere generale di perforare il fondo. Tale approccio è un sistema misto, fra normativa delle distanze e regime generale sulle immissioni.

La natura mista è confermata dall'art 912 (Conciliazione di opposti interessi) che introduce la teoria del bilanciamento degli interessi, fondata sull'analisi dei costi-benefici.

Tale criterio è sotteso all'art 1092, che, in caso di deficienza dell'acqua, permette al giudice di modificare o limitare i turni di utilizzazione più aventi diritto “ in relazione alla quantità di acqua disponibile, agli usi e alle colture a cui l'acqua destinata”, attribuendo alle correlative indennità a favore dei soggetti, il cui interesse sacrificato.

L'art 1044 prevede l'intervento del giudice nel conflitto tra il proprietario, che vuole bonificare e prosciugare il proprio fondo paludoso, e l'altro proprietario, che riceve l'acqua da quel fondo: prima

il giudice deve tentare di conciliare gli opposti interessi con opere, che non comportino una spesa sproporzionata; poi sceglie l'interesse prevalente, avuto riguardo alle esigenze generali della produzione, concedendo una congrua indennità a chi si oppone al prosciugamento, se preferita questa soluzione.

Queste norme sono legate dalla valutazione comparativa degli interessi che viene compiuta in base allo sfruttamento dei terreni e la facoltà di utilizzare le acque viene assegnato il soggetto che intende destinarlo all'uso produttivo, pagando un'indennizzo al soccombente.

In tutti i casi in cui dovesse sorgere una contesa, relativo all'utilizzo delle acque, il giudice italiano è delegato dal codice a considerare, nella soluzione dei conflitti individuali, le conseguenze superindividuali, scegliendo la soluzione più efficiente.

Piantagione

La piantagione è una tradizionale attività del proprietario fondiario (non riguarda solo l'utilizzo agrario del fondo, ma anche i conflitti tra proprietari urbani).

Il ns codice segue il Code Napoleon e va oltre lo stesso. La materia in esame costituisce il paradigma della disciplina della proprietà come monade, cioè al giudice è preclusa qualunque valutazione, caso per caso, degli effetti che una determinata piantagione può cagionare vicino. Una volta osservate le distanze, ogni conseguenza è considerata interna alla sfera proprietaria.

La normativa vigente introduce una cerchia di fonti, volte a specificare le distanze:

- Accordo fra le parti
- regolamenti
- usi
- regole di default degli art 892 e 893

il mancato rispetto delle distanze comporta la rimozione (art 894).

Distanze minori possono essere usucapite secondo le regole dell'usucapione e se si è acquistato il diritto di tenere alberi a distanza minore di quelle indicate, e quando l'albero muore viene reciso o quando abbattuto, il vicino non può sostituirlo, se non osservando le distanze legali. Tale regola pare discutibile, perché incentiva l'autotutela attraverso attività censurabili (es: dare il diserbante agli alberi altrui).

Art 896 prevede che qualora, nonostante il rispetto delle distanze, rami o radici si protendano fino a violare i confini della proprietà altrui, il vicino ha il potere di reciderli, se altrimenti non risulta dall'accordo, dei regolamenti, o dagli usi. Quindi l'invasione del fondo altrui, cagionato da un albero piantato distanza legale, è rilevante fino al punto di consentire l'autotutela (quella indiretta, es: ombra causato dall'albero, è irrilevante).

Frutti

Art 820 *“Frutti naturali e frutti civili. Sono frutti naturali quelli che provengono direttamente dalla cosa, vi concorra o no l'opera dell'uomo, come prodotti agricoli, la legna, i parti degli animali, i prodotti delle miniere, cave e torbiere.*

Finché non avviene la separazione, i frutti formano parte della cosa. Si può tuttavia disporre di essi come di cosa mobile futura.

Sono frutti civili quelli che si ritraggono dalla cosa come corrispettivo del godimento che altri ne abbia. Tali sono gli interessi di capitali, i canoni enfiteuci, le rendite vitalizie e ogni altra rendita, il corrispettivo delle locazioni.”

Art 821 *“Acquisto dei frutti. I frutti naturali appartengono al proprietario della cosa che li produce, salvo che la loro proprietà sia attribuita ad altri. In quest'ultimo caso la proprietà si acquista con la separazione.*

Chi fa propri frutti deve nei limiti del loro valore rimborsare colui che abbia fatto spese per la produzione e il raccolto.

I frutti civili si acquistano giorno per giorno, in ragione della durata del diritto.”

Al proprietario sono allocati i frutti del suo bene. I frutti possono essere:

3. **frutti civili**: derivano dal potere di trasferire a terzi taluni dei poteri proprietari, per un periodo di tempo determinato, in cambio di corrispettivo. Tali corrispettivi (affitto, canoni di locazione) costituiscono i frutti civili.

La possibilità di ottenere frutti civili da una proprietà immobiliare è conseguenza del valore positivo della proprietà. Se i vantaggi del godimento del bene (le poste attive dell'essere proprietario) superino gli svantaggi (poste passive), il bene sarà sottoposto ad una domanda di mercato → il proprietario che ritenga di soddisfarla, senza privarsi della titolarità del diritto, farà proprio una rendita.

4. **Frutti naturali**: sono i prodotti agricoli con determinato fondo è in grado di produrre spontaneamente, o a seguito di lavori di trasformazione agraria.

In una contesa circa i frutti, il proprietario soccombe solo nei confronti del possessore di buona fede.

L'art 821 indica come il nostro diritto presta attenzione ad evitare ogni diseconomia che possa avere ad effetto la mancata messa in valore della terra → infatti prevede che “Chi fa propri i frutti deve, nel limite del loro valore, rimborsare colui che abbia fatto spese per la produzione ed il raccolto”.

I frutti naturali, anche se assumono individualità solo al momento del distacco, sono beni autonomi. Essi possono essere alienati separatamente anche prima della separazione, senza requisiti di forma. Il trattamento unitario dei frutti naturali e di quelli civili presenta un'interessante implicazione teorica. Se si amplia la prospettiva oltre la proprietà immobiliare, l'idea di frutti naturali perde parte del suo significato (infatti la loro importanza è data da una visione bucolica del diritto di proprietà). La proprietà mobiliare dematerializzata (oggi la più importante) non offre frutti naturali. È la produzione di frutti civili (es flussi di reddito) a costituire la ragione principale degli investimenti mobiliari. Quindi diventa discutibile utilizzare una categoria tassonomica pensata con mente la proprietà agraria → andrebbe abbandonata e oggi sarebbe opportuno lavorare categorie libere della tradizione romanistica per cogliere l'essenza del reddito proveniente capitale di rischio.

Ci sono comunque analogie economiche alla base del trattamento unitario di due tipi di frutti → l'idea del corrispettivo per il rischio di mancata restituzione: chi presta denaro, trasferendone l'uso dietro corrispettivo, pone in essere un rapporto economico identico a quello di colui che costituisce un usufrutto su un fondo agricolo. Infatti in entrambi i casi, il corrispettivo si rapporta al rischio di non raggiungere a fine rapporto, la posizione ambita sulla propria curva di indifferenza: Kim presta denaro sconta il timore della mancata restituzione; lo stesso timore lo prova chi loca la terra. Ma oggi gli strumenti di investimento mobiliare, offerti al risparmiatore e all'investitore, sono molto vari (e appare debole una giustificazione del reddito fondata sul rischio da mancata restituzione).

Se si tiene conto del rapporto fra proprietà ed organizzazione imprenditoriale → i frutti civili costituiscono una traduzione in gergo giuridico del proprietario come residual claim del reddito proveniente della propria organizzazione dei rapporti economici relativi sui beni.

Quindi il proprietario, come soggetto che al termine di una determinata operazione economica, fa suoi i profitti, risulta la molla che spinge proprietario ad un atteggiamento attivo nei confronti delle risorse. Per cui i frutti civili sono spiegabili come il ritorno di un utilizzo dinamico della proprietà, volto ad immettere i beni sul mercato in modo organizzato ed attivo, trasferendo talune delle poste attive del fascio dominicale.

Il potere di recintare il proprio fondo

art 841 stabilisce che “il proprietario può chiudere in qualunque tempo il fondo” → questa facoltà è la manifestazione fisica del potere di escludere.

È una conquista della rivoluzione francese (nell'ancien regime i nobili avevano il potere di entrare nei fondi altrui per l'esercizio della caccia, con danno alla possibilità di coltivazione → cuore cacciatori hanno perduto tale privilegio, meno che nel nostro diritto dove l'art 842 ridà vita a questa concezione medievale dell'attività venatoria. Al contrario per l'esercizio della pesca, occorre il consenso del proprietario del fondo.).

Il potere di cingere il fondo era limitato da diritti civici di compascolo e di varia altra natura → Tali

diritti non sono completamente scomparsi da noi (e in particolare sono vivi in Inghilterra).

Il proprietario può rinunciare al potere di cingere le sue proprietà a favore di un fondo altrui, creando una servitù → La servitù può essere imposta, qualora la sua recinzione isoli completamente un fondo altrui dalle vie d'accesso.

Il potere di cingere il fondo è uno dei poteri più forti e caratterizzanti del diritto di proprietà → esso è assistito da una riserva di legge, quella che tutela nei confronti delle fonti secondarie. Tale riserva di legge è però violata, da fonti regolamentari, dagli usi e anche dalla giurisprudenza amministrativa (che richiede la previa concessione per la recinzione).

Il potere di cingere il fondo è imprescrittibile.

Edifici e strutture edificate da altri sul fondo del proprietario

Code Napoléon → conferisce al proprietario del fondo la scelta fra acquistare la proprietà dell'immobile, costruito da altri sul suo fondo, ed esercitare il *ius tollendi*.

Le scelte simili a quella italiana:

Art 936 → quando le opere sono state fatte da un terzo con materiali, il potere del fondo diritto di ritenere o obbligare colui che l'ha fatte a levarle. Se il proprietario le ritiene, deve pagare al costruttore un'indennità, pari al valore dei materiali e alla mano d'opera, oppure pari all'aumento del valore recato al fondo.

Se il proprietario vuole toglierle, esse devono essere rimossi a spese di chi le ha fatte.

Il proprietario non può obbligare a togliere le opere, quando queste sono state fatte a sua scienza e senza opposizione o quando sono state realizzate dal terzo in buona fede (→ è negato lo *ius tollendi*).

Germania → è attribuita la proprietà del fondo tra proprietà dei beni se incorporati al fondo. Inoltre è attribuita al costruttore l'azione di arricchimento senza causa, qualora il proprietario fondiario eserciti il potere di ritenere la costruzione. Se il proprietario fa uso dell'azione ex art 1004 BGB per esercitare lo *ius tollendi*, nulla è dovuto al costruttore. Tale azione gli è preclusa, nei confronti del costruttore di buona fede.

Common law → attribuisce la proprietà dell'edificio al proprietario fondiario e non offre al costruttore alcuna azione di arricchimento.

Nel ns diritto → è considerato un principio forte quello per cui la titolarità fondiaria attrae a sé tutto ciò che di immobile su di esso si trova.

Cassaz → snatura l'intera natura della riforma del diritto di famiglia, attribuendo al coniuge, titolare del fondo, l'intera proprietà dell'immobile costruito con il denaro e gli sforzi di entrambi.

Il principio *superficies solo cedit* è soggetto a molte eccezioni → è previsto dall'art 934, che recita "Qualunque piantagione, costruzione od opere esistenti sopra o sotto il suolo, appartiene al proprietario di questo, salvo quanto è disposto dagli art 935, 936, 937 e 938 e salvo che risulti altrimenti dal titolo o dalla legge."

Il principio della cessione è derogabile sia dalla volontà delle parti espressa in forma adeguata sia da altre disposizioni di legge.

Il valore dell'art 934 consiste nel mostrare come il nostro diritto si collochi in sintonia con gli altri ordinamenti appartenenti a tradizione occidentale, considerando il proprietario fondiario titolare di tutto quanto si trovi stabilmente sul fondo.

Tale disciplina è efficiente, perché è chiara e consente di utilizzare il negoziato diretto, nella soluzione del conflitto.

Il potere di costituire un diritto di superficie

Sul piano dell'efficienza è fondamentale la possibilità di creare schede proprietarie indipendenti, in quanto è così consentito ai diritti reali di essere ritagliati in conformità alle esigenze della domanda. È perciò inefficiente la regola stabilita dall'art 956, secondo cui "*non può essere costituita o trasferita la proprietà delle piantagioni separatamente dalla proprietà del suolo*".

Art 952 stabilisce che "Il proprietario può costituire il diritto di fare e mantenere al di sopra del suolo una costruzione a favore di altri, che ne acquista la proprietà. Del pari, può alienare la

proprietà della costruzione già esistente, separatamente dalla proprietà del suolo”.

Nel nostro diritto è chiaro il potere di disposizione attribuita la capitale fondiario relativamente lo spazio sovrastante il suolo.

In materia di superficie si contendono il campo due ricostruzioni teoriche:

- per la prima esistono tre diversi diritti: diritto di superficie (consiste nel diritto di effettuare una costruzione su suolo altrui), proprietà superficaria (consiste nel diritto di proprietà sull'immobile edificato da superficario, al quale spetta la facoltà di ricostruzione in caso di perimento) e proprietà separata (consiste nel diritto di proprietà su immobili per piani orizzontali, separatamente dal suolo, senza diritto di ricostruzione in caso di perimento).
- Per la seconda esistono solo: diritto di Superficie la proprietà superficaria (con facoltà di ricostruzione in caso di impedimento), riferibile sia la costruzione eretta dal superficario, sia alla costruzione preesistente, alienata separatamente dal suolo.

ES: Tizio, proprietario di un suolo edificabile, concede a Caio il diritto di superficie e questo, costruito un'edificio, lo aliena a Sempronio.

3. X la prima tesi → Esistono tre diverse posizioni soggettive: Tizio è proprietario del suolo, Caio è il titolare del diritto di superficie e Sempronio è proprietario della costruzione eretta da Caio. In caso di impedimento della costruzione, il diritto di Sempronio si estingue e Caio può ricostruire un nuovo edificio.
4. X la seconda tesi → Sempronio, acquistando la proprietà sull'edificio eretto da Caio, ottiene il diritto di ricostruire in caso di perimento e incappò Caio non permane alcun diritto.

Se Mevio intende acquistare l'intero complesso immobiliare (fondo, edificio e sottosuolo per trarne tutte le utilità connesse) → se valuterò l'intero immobile con un valore globale superiore a quanto ciascuno dei tre soggetti valuta il proprio, (ed in assenza di costi transattivi e se i soggetti si comportano in modo orazionale) Mevio può ottenere da ciascun titolare di diritti sottosuolo il trasferimento delle rispettive situazioni giuridiche.

Ma i costi transattivi esistono (in quanto individuare la controparte, svolgere le trattative e fare un accordo ha un costo). Adottando la prima soluzione si imporrebbe a Mevio di stipulare tre contratti (con ogni soggetto) → quindi comporterebbe maggior costi transattivi che potrebbero portare Mevio a non concludere l'affare perché poco conveniente → la soluzione che contempla 3 diritti autonomi è perciò inefficiente.

Quindi: minore è il numero di soggetti coinvolti, maggiore l'efficienza del mercato.

Il diritto di superficie è perpetuo (art 935).

Ma si deve distinguere: il diritto di superficie, inteso come diritto di erigere una costruzione, per la propria struttura si prescrive per non uso ventennale.

L'esercizio del diritto consiste nell'erigere la costruzione: per cui si verifica sempre l'alternativa fra l'estinzione della superficie per non uso e la nascita del diritto di proprietà superficaria sull'edificio costruito.

Quindi il diritto di superficie (cm diritto di erigere una costruzione) è idoneo ad essere perpetuo ed a gravare indefinitamente nel tempo, sul suolo. Invece la proprietà della costruzione assume la caratteristica della perpetuità.

Il valore del diritto di superficie muta in connessione con la durata. Nell'ipotesi di superficie perpetuo, il diritto del proprietario del suolo possiede un valore quasi nullo, espressi in funzione della probabilità o di rinuncia da parte del superficario oppure di perimento della costruzione e successiva inattività ventennale del superficario. Si tratta di un diritto doppiamente eventuale → il proprietario del suolo si trova in una situazione di incerta attesa, simile a quella dello Stato, ex art 827, per l'acquisto della proprietà di immobili vacanti.

Invece, nell'ipotesi di superficie a termine, il proprietario del fondo attende (come evento certo per an e per il quando), l'estinzione della superficie, con conseguente acquisto della proprietà sulla costruzione. Il valore della proprietà del suolo si determina in maniera certa, in relazione al tempo residuo: esso aumenta quanto più la scadenza si avvicina. Inoltre tale valore deve venire espresso in funzione:

3. del canone eventualmente pagato dal superficario

4. del valore della costruzione, al netto del corrispettivo eventualmente dovuto al superficiario al termine prefissato
5. Delle probabilità di rinuncia del superficiario
6. di perimento dell'edificio, con successiva inattività ventennale del superficiario, entrambe prima della scadenza del termine.

La storia la comparazione sono chiare nel mostrare natura proprietaria del diritto di superficie → la nozione superficie ha avuto il suo primo utilizzo nell'esperienza coloniale franco belga in Africa, dove era necessario mantenere il principio del dominio eminente in capo allo Stato, per evitare che farete recapitare facesse sentire eccessivamente liberi gli speculatori.

La dottrina romanista chiarisce che la superficie e il enfiteusi hanno una natura diversa dagli altri diritti reali di godimento che sono maturati intorno all'idea di dominium, perchè si svilupparono senza relazione con il dominium romanista e successivamente in una posizione ancillare e concorrente connesso.

Un problema importante è quello introdotto dalla natura pianificata della proprietà immobiliare. Art 7 della legge 28/2/1985 n°47 → qualora taluno e edifici in difformità o assenza di concessione sul fondo altrui, prevede la confisca della proprietà fondiaria su cui insistono opere eseguite in totale difformità dalla concessione, se l'autore non provvede alla demolizione entro il termine di 90 giorni dall'ingiunzione del sindaco. Ciò costituisce un'evidente imputazione ai proprietari dei risultati dell'attività edilizia → tale imputazione appare ingiustificabile perché fa gravare su una sfera proprietari alle conseguenze di un'attività posta in essere nell'ambito di una sfera diversa, né vale ad obiettare che il diritto reale di superficie non è stato costituito con le richieste formali. Tali formalità, pur necessari per il proprietario, non lo sono per l'autorità pubblica nell'esercizio della sua volontà.

Ius aedificandi

Ius aedificandi → è una facoltà compresa nel diritto di proprietà.

Ma oggi il diritto di edificare non è una facoltà connaturata nella proprietà fondiaria, in quanto il contenuto di quest'ultima è conformato da regole privatistiche e le regole pubblicistiche. Queste regole possono conferire ad una proprietà fondiaria la potenzialità di essere sviluppata a seconda della congruenza di un tale progettato sviluppo con le esigenze generali di pianificazione urbanistica, paesaggistica ed ecologica.

Il problema del diritto di edificare è stato inquadrato con amente l'edilizia urbana nell'ambito di una visione dell'urbanistica limitata alle proprietà siti in città. In quest'ottica il rapporto fra proprietà fondiaria e ius aedificandi era piuttosto semplice → per esercitare il primo, il proprietario non aveva che da ottenere il rilascio della licenza edilizia presentando in municipio progetto edificatorio: l'ente pubblico territoriale si limitava a ricevere i progetti edilizi presentati dei singoli, gli confrontava con le tavole di piano egli lasciava o rifiutava il permesso di procedere alla loro realizzazione, a seconda che vi fosse o non vi fosse corrispondenza fra il progetto e le previsioni del piano.

Negli anni → La dottrina ha inquadrato la licenza edilizia nell'ambito delle autorizzazioni, cioè quei provvedimenti attraverso cui un ente pubblico si limita rimuovere un ostacolo creato dallo stesso ordinamento per l'esercizio del diritto classificato come affievolito.

Nell'ambito di questo inquadramento non si faceva ricorso alla figura dell'interesse legittimo e il diritto di edificare manteneva natura proprietaria.

Di vista della situazione soggettiva non è cambiato nulla dell'entrata in vigore della legge 28/1/1977 n 10 → Riforma è stata solo terminologica e la locuzione "concessione" (che viene ora utilizzata), è adatta a cogliere la situazione di sudditanza arbitraria, cui proprietario fondiario italiano è sottoposto nei confronti della PA.

Dal punto di vista economico → il fatto che la licenza edilizia fosse gratuita faceva permanere il dubbio che lo ius aedificandi fosse connaturato alla situazione dominicale.

Il principio della velocità della concessione consente di chiarire che lo ius aedificandi non è connaturato alla proprietà fondiaria → per un economista: Il proprietario fondiario, nel chiedere la concessione onerosa, opera un'offerta contrattuale porta l'acquisto del diritto di edificare il suolo.

Tale diritto va inquadrato fra le *new properties*, cioè fra quelle situazioni quasi-dominicali, che vengono create dal diritto pubblico a seguito dei processi di scelta collettiva.

Sarebbe quindi ridicolo voler trovare un titolare dello *ius eadificandi* in questa situazione e può essere esclusa la possibilità di applicare il diritto costruire, qualora un fondo si trovi in una zona di inedificabilità assoluta.

Sollecitasse nidificazione non fosse sempre stata normale e redditizio del territorio urbano. Inoltre la crescita urbanistica comporta un enorme accumulo di esternalità positive. La presenza di strutture ed infrastrutture necessarie per la vita di società, comporta la crescita della pressione urbanistica. La comparazione delle economie e delle diseconomie della vita in città ha quasi sempre segno positivo, sicché cresce la domanda di spazi in città e la spinta all'edificazione. I problemi sono sorti in tutti gli ordinamenti nel tentativo di limitare l'edificazione in città, al fine di garantire spazi per attività che non possono essere fornite dal mercato, a causa di problemi di beni pubblici.

Quindi incitar edificazione è l'attività normale e la non edificazione è l'eccezione alla regola.

Tuttavia al di fuori dal perimetro urbano il rapporto fra regola e percezione risulta invertito.

Recenti istruzioni in materia urbanistica, mostrano che tale disciplina, da un lato non può che rinunciare alla pretesa totalizzante di organizzare l'intera vita dell'individuo e società, ma dall'altro deve occuparsi dell'intera gestione del territorio e non solo di quello che cercate all'interno del perimetro urbano.

La dottrina giuridica ha osservato come la conformazione collettiva della società fondiaria passa attraverso una moltitudine di regolamentazioni, volte a prendere in considerazione una sulla rete di aspetti, tra cui il più importante la tutela dell'ambiente. Osservando legge 8/8/1985 n 431 (legge Galasso) si vede che qualunque potere modificativo della società fondiaria può essere vietato agli individui in via generale ed astratta senza alcun problema di indennizzo.

Oggi in Italia sono considerati territori paesaggistici, in cui vige una presunzione di immodificabilità, tutti quelli costieri compresi in una fascia della profondità di 300 m dalla linea di battigia, quelli confinanti con laghi per la medesima profondità, le montagne, per la parte eccedente 1600 m sul livello del mare nella catena alpina, e di 1200 m della categoria appenninica, o nelle isole. Ciò non ha arrestato la cementificazione selvaggia delle coste, nello scempio delle località alpine → ma tuttavia la legge Galasso ha reso meno agevole attivare, con sistemi più o meno leciti, i meccanismi di deroga al regime vincolato, perché sottoposti fondi compresi in tali zone ad un doppio circuito di controlli pianificatori, l'uno in capo al binomio Comune-Regione, l'altro direttamente ad opera dello Stato.

Al di fuori della tutela dell'ambiente, si osserva che la contrapposizione fra proprietà urbanistica e proprietà agraria, accolta dal Codice, non ha alcun senso. Esiste una totale sovrapposizione fra urbanistica e pianificazione generale del territorio, ciò che risulta a chiare lettere dall'art 80 del Dpr 24/7/1977 n 616, che nel trasferire alle regioni la competenza in materia urbanistica (di cui all'art 117 cost), la considera comprensiva di tutti gli aspetti conoscitivi, normativi e gestionali riguardanti l'operazione di salvaguardia di trasformazione del suolo, nonché la protezione dell'ambiente. Quindi non solo lo Stato, ma anche le regioni, ricevono il potere con formativo della proprietà che si può spingere fino al totale azzeramento dello *ius eadificandi*.

Il fatto che la non edificabilità non sia un'eccezione e che lo *ius eadificandi* sia una proprietà dissociata da quella del suolo risulta dagli standards planovolumetrici irrisori, stabiliti dall'art 41 bis della legge urbanistica, per tutti terreni siti al di fuori del perimetro urbano di quei comuni che non siano ancora provvisti di uno strumento urbanistico generale. Tale regola un importante valore di default, indicativo di quanto stiamo osservando.

Acquisto delo *ius eadificandi*

La proprietà è subordinata alla sovranità → nei moderni sistemi a democrazia occidentale, la sovranità nei confronti del proprietario, non è assoluta, ma limitata dal requisito dell'imparzialità. La possibilità o meno, di edificare in una data zona deve essere prevista ex ante, in via generale ed astratta, da strumenti collettivi. È la previsione ex ante di edificabilità che conferisce valore al terreno, un valore tanto più alto, quanto più restrittivi sono i criteri con cui l'edificabilità viene in

astratto prevista.

In questi anni in Italia, si è creata una sinergia fra una certa ideologia politica, per cui ogni restrizione alla proprietà privata è da considerarsi socialmente benefica, nella dinamica, per cui tanto più restrittivamente l'astratta edificabilità viene prevista, tanto più alte saranno le tangenti pagate, perché un certo terreno venga compreso fra quelli astrattamente edificabili. Ciò consegue che le scelte collettive contenderanno prevedere come edificabili un numero di terreni inferiore al bisogno di costruzioni, cacciando fuori mercato le proprietà escluse e creando un oligopolio a favore dei proprietari costruttori legati al potere politico. Tale dinamica determina un interesse comune alla PA ed ai costruttori tangenziali a bloccare il più possibile la previsione di astratta edificabilità.

In ogni caso, qualora prevista, la possibilità di edificare può essere acquistata a titolo oneroso dal proprietario fondiario.

Legge Bucalossi (n°10 del 1977) → ha reso oneroso la concessione edilizia → crea i presupposti per la creazione di un sistema di incentivi e di limiti all'edificabilità più moderno ed elastico.

Il prezzo della concessione edilizia è commisurato due parametri:

- costo delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria → con tale previsione la legge ovvia al problema della proprietà parassitaria, che crea un costo sociale sopportato dalla collettività. Cioè crea i presupposti perché la proprietà metta in moto un mercato, raggiungendo la sua funzione sociale. L'edificazione e lo stanziamento di una popolazione su un determinato fondo comporta la necessità di produzione di beni pubblici, quali fognature e strade → è la Pa a farsi carico della produzione di beni pubblici, ma è chiaro che se la proprietà che ne beneficia non ne sopporta pro quota il costo, si verifica un'externalità negativa.
- costo della costruzione → È difficile trovare una giustificazione per questa parte del costo della concessione. Essa costituisce il vero corrispettivo che la proprietà paga alla collettività come presupposto per far proprio il valore aggiunto, di una modificazione del territorio conferisce alla proprietà.

L'onerosità della concessione e gli spazi di discrezionalità, che la legislazione regionale lascia nella concreta commisurazione del prezzo dello ius aedificandi, aprono spazi di negoziato fra il privato ed il pubblico che possono portare a risultati benefici dal punto di vista dell'efficiente utilizzo dei suoli. In questo quadro, una concessione edilizia accordata gratuitamente costituisce una sovvenzione pubblica all'attività privata, nella misura del valore del costo sociale delle opere di urbanizzazione, sommato una percentuale del valore aggiunto nell'edificazione comporta. In tal modo, certe edilizie che crea effetti esterni positivi, può essere incoraggiata, mentre altro può essere scoraggiata stimandone alto il valore.

Tutte queste possibilità si aprono nell'ambito di un sistema di diritto amministrativo che nasconde il pubblico interesse di qualunque provvedimento concessorio sulla sola base della motivazione, ma che sappia estendere il criterio della razionalità fino alle sue logiche conseguenze.

La concessione è stata per un certo periodo interpretata come un meccanismo introduttivo di un obbligo di chiedere permesso per svolgere qualsiasi modificazione proprietaria, indipendentemente dall'impatto sul territorio ed alla valutazione degli effetti esterni della medesima. Tali tendenze sono state abbandonate, tramite due leggi (legge n 475/1978 e legge n 94/1982), che hanno introdotto meccanismi di silenzio-assenso per le trasformazioni edilizie socialmente irrilevanti

Non è stato abbandonato l'utilizzo del negoziato fra pubblici amministratori proprietari fondiari, nei confronti del quale non servono nuovi provvedimenti legislativi, ma solo l'abbandono di una pratica amministrativa misteriosa ed arbitraria e l'applicazione della legge penale esistente.

Merita ora un cenno la struttura pianificata della nostra proprietà fondiaria.

Lo ius aedificandi è astrattamente disciplinato da piani regolatori, posti rapporto gerarchico fra il più generale e il più particolare dettagliato. Un piano territoriale a livello regionale doveva creare dei grandi linee della gestione del territorio. Tali grandi linee devono essere specificate in qualche maggior dettaglio nel piano regolatore generale, i cui doveva dotarsi di ciascun comune. Il P.R.G. doveva essere attuato in concreto da una serie di piani regolatori particolareggiati ---> questo

sistema era definito a cannocchiale (è paragonabile ad un sistema di carte geografiche in scala sempre più dettagliata).

Il piano più generale prescrive, tramite degli ordini, gerarchicamente impartiti all'autorità sottordinata deputata al maggior dettaglio, le linee generali della trasformazione del territorio, compatibile con la propria visione di insieme e come lo stesso potrà essere trasformato. La singola proprietà sarà conformata da un piano particolareggiato, lo strumento urbanistico ad essa più vicino. Poiché è sulla stessa proprietà fondiaria possono insistere una pluralità di piani (ognuno in formato diverse esigenze e prodotto da diverse autorità pubbliche) la struttura di organizzazione dal generale al particolare va immediatamente in crisi, in mancanza di un coordinamento funzionale. Inoltre i tempi di preparazione di vari strumenti urbanistici crescono, in rapporto l'ampiezza del terreno considerato e alle poste economiche. Quindi la struttura cannocchiale è stata sostituita da un sistema di deroghe, che finiscono per invertire il rapporto spostandolo dal particolare al generale.

Sul piano generale, può osservarsi che un tale esito era largamente prevedibile. L'esperienza mostra per tutti quegli ordinamenti che hanno codificato la materia dell'uso fondiario, che prevedere regole generali, astratte e di inderogabili, risulta impresa velleitaria. Non a caso tutti i codici in materia di distanze, hanno fatta salva la regolamentazione contingente locale e i costumi dei luoghi. Infatti la proprietà fondiaria ha tante peculiarità legate alla particolare natura del territorio, da collocare l'efficienza della regolamentazione in funzione diretta della vicinanza della stessa al singolo viene considerato. Per cui la regolamentazione di dettaglio non sopporta di essere incanalata in modo rigido da più regolamentazioni gerarchicamente subordinate, più lontane dall'oggetto della regolamentazione.

Quindi laddove sia possibile, occorre recuperare spazi per la gestione privatistica decentrata, perché la rigidità in materia di gestione del territorio, costi insopportabili per qualunque sistema.

Proprietà pianificata e legittimazione mette in moto il sistema della concessione amministrativa. Un sistema di pianificazione rigido può avere un doppio ordine di conseguenze:

1. Può inibire qualsiasi attività edificatoria (legge Galasso)
2. può consentire una libera attività di edificazione, all'interno di diversi standard planovolumetrici
3. può consentire un'attività edificatoria, purché esso si conformi a determinate caratteristiche esterne strutturali (es: norme antisismiche) od estetiche (norme di ornato pubblico).

Dato che nel nostro sistema una singola proprietà fondiaria può essere affetta da un atto di queste regolamentazioni, è lecito chiedersi quale sia il contenuto della proprietà pianificata dal punto di vista del suo titolare.

Talune delle regolamentazioni contenute in un piano finiscono per imporre obblighi in capo al proprietario, sicché vanno inquadrare a proposito delle poste negative, quelle che possono scoraggiare un attore di mercato nazionale e in formato dall'acquisire beni in proprietà.

Gli altri due modelli lasciano permanere vantaggi economici in capo al proprietario fondiario → tali vantaggi non seguono ad un'attività economica che il proprietario può direttamente porre in essere nel suo fondo, ma sono benefici di carattere giuridico. In altre parole, il proprietario regolamentato non può esercitare direttamente il proprio ius aedificandi, ma può mettere in moto il meccanismo giuridico-istituzionale, che l'ordinamento ha allestito, per far sì che l'uso individuale delle singole proprietà corrispondano alla volontà del piano.

Si può dire che la titolarità civilistica delle situazioni di appartenenza e fonte di legittimazione a procedere alle trasformazioni, ove esse siano ammesse. Solo in un ambito piuttosto limitato, la legittimazione ad intraprendere trasformazioni dell'esistente coincide con il potere di intraprenderle. Ciò accade per quelle modifiche interne agli edifici che la normativa attuale esente da ogni tipo di provvedimento autorizzatorio.

Dunque, lo ius aedificandi dal potere del proprietario diviene legittimazione. Si potrebbe discutere se tale legittimazione possa considerarsi un attributo del proprietario → normativa italiana offre una risposta esplicita. L'art 4 della legge Bucalossi stabilisce che la concessione di edificare può essere rilasciata al suo proprietario dell'area o ad altro soggetto avente titolo privatistico. Inoltre è chiaro

che il titolo privatistico, che consente la richiesta della concessione, deve essere necessariamente un titolo sufficiente a garantire la titolarità della costruzione che si intende edificare: quindi dovrà essere un diritto di superficie, mentre si può discutere se la situazione soggettiva reale od obbligatoria possa essere sufficiente titolo di legittimazione. In ogni caso il legame con la proprietà fondiaria non entra in discussione perché era legittimazione, per essere esercitato da un soggetto diverso proprietario, dovrà essere da quest'ultimo delegato: proprietario fondiario dovrà averla trasferita al terzo richiedente la concessione.

L'art 7 della legge 28/2/1985 n 47 attribuendo alla titolarità fondiaria le conseguenze negative dell'esercizio il rituale della legittimazione, offre un forte argomento contrario, in favore del nesso intimo fra proprietà e legittimazione.

Trasferimenti di volumetria

Può capitare che un piano regolatore prevede un certo standard planovolumetrico per una determinata area.

Standard planovolumetrico = ad una certa estensione dell'area corrispondono un certo numero di metri cubi edificabili.

Es: l'area edificabile è composta di due lotti, uno appartenente a Tizio e l'altro a Caio. Lo standard planovolumetrico fissa in 500 m² il totale edificabile in quell'area, di cui 200 m² spettano a Tizio, mentre 300 m² spettano a Caio. Se Tizio ha necessità di edificare solo la metà della sua cubatura, mentre Caio vuole costruire un immobile con una vetratura di 550 m² → Caio, per ottenere la concessione di edificare, può percorrere due vie:

1. Potrà convincere Tizio a vendergli una fetta del suo suolo, qui corrisponda una volumetria edificabile di 50 m²
2. Potrà acquistare dal Tizio una frazione della cubatura edificabile alla quale è legittimato → infatti può essere che Caio non ha alcun interesse ad aumentare l'estensione del proprio fondo, sufficiente per costruire la propria casa; mentre al Tizio, che è ad esempio voglia tenere sotto profondo dei cavalli, necessiterà di tutta la metratura, ma gli sarà sufficiente meno cubatura. → A queste condizioni c'è spazio per un accordo efficiente tra Tizio e Caio.

Ma qualora la legittimazione non fosse trasferibile, tutto ciò sarebbe possibile → Tizio e Caio non troverebbero un accordo ed essi potrebbero:

1. Ricorrere a operazioni giuridiche più complesse (es: costituire una comunione e poi disciplinarne contrattualmente l'uso; oppure trasferire tutto a Caio e stipulare una locazione per Tizio ecc) → tali operazioni avranno un costo più elevato in rapp alla loro complessità
2. Soddisfare solo l'esigenza di uno dei due

entrambe queste vie porterebbero ad un risultato inefficiente → quindi i sistemi di civil law hanno ammesso lo schema che gli americani classificano come "transfer of development rights" e tale istituto è stato denominato trasferimento di volumetria o trasferimento di cubatura.

In Italia si è ammesso dall'istituto, ma il trasferimento di volumetria presenta alcuni problemi (alcuni sono conseguenti a doppio circuito della giurisprudenza ordinaria ed amministrativa, che può essere coinvolto nella questione, oppure complicazioni burocratiche), di cui quello più importante riguarda la tutela dell'acquirente fondiario ignaro del trasferimento di cubatura.

Es: il trasferimento dal Tizio a Caio va a buon fine; di conseguenza Caio edifica sua casa e Tizio la sua scuderia → se Sempronio contatta Tizio, per acquistare il suo fondo, qualora non si è risolto il problema della pubblicità dei trasferimenti di cubatura, egli sarà in balia dell'onestà di Tizio. Infatti la consultazione dei piani urbanistici non contiene alcun indizio circa l'avvenuto trasferimento di cubatura.

Il problema della tutela dell'acquirente fondiario, ignaro dell'avvenuto trasferimento di cubatura, è cruciale per l'efficiente funzionamento del sistema. Si tratta dell'esigenza di introdurre trasferimento di volumetria all'interno delle strettoie introdotte nella tradizione di civil law dal principio del numero chiuso di diritti reali, in modo da poter usufruire del sistema di pubblicità immobiliare già vigente, senza dover invocare improbabili riforme.

In una recente decisione ai fini fiscali, la cassazione ha qualificato come bene suscettibile di

formare oggetto di diritti reali immobiliari la volumetria edificabile.

Tutto ciò offre un'evidente indicazione circa la qualifica del trasferimento di volumetria.

Il trasferimento di volumetria ricade all'interno della fattispecie dell'art 952.

Il trasferimento di volumetria, in tutti i casi in cui non trasferisce separatamente una proprietà già esistente in cui gli standards agrari volumetrici sono troppo vari, è la sola forma in cui nell'ambito della proprietà pianificata, il diritto reale di superficie possa essere configurato.

Infatti se non può costruirsi senza concessione e se la concessione può essere ottenuta solo delegittimato, ne discende che il trasferimento separato dell'edificio rispetto al fondo, di cui all'art 952, deve concretarsi nel trasferimento separato della legittimazione di parte di essa. Se è così, i contratti di trasferimento di volumetria hanno per effetto la creazione di una sorta di proprietà superficiaria. In quanto tali, essi devono essere trascritti nei registri immobiliari.

Si noti come in common law, i development rights hanno natura reale. L'art 952 è lo strumento chiave della funzionalizzazione della proprietà privata l'interesse pubblico.

Lo stesso risultato raggiunto dalla prassi notarile, che usa lo schema della servitù (di non costruire) per ottenere il trasferimento di volumetria, favore del fondo confinante, in genere con la condizione risolutiva della mancata concessione edilizia da parte del comune, al fondo acquirente.

CAPITOLO VIII LIMITI, SOGGEZIONI E OBBLIGHI

La faccia nascosta della proprietà

Ora possiamo descrivere gli aspetti della struttura della pedantesco ragionatore del mercato nazionale a cercare di acquistarla.

Un soggetto spinto ad acquistare la proprietà di un bene solo se le poste positive le utilità che gli derivano sono maggiori rispetto ai costi e alle disutilità → per cui la proprietà è in grado di stimolare una competizione, fondamentale per il funzionamento del mercato.

Ma in realtà entrano in gioco anche una serie di fattori psicologici e culturali – > essere proprietari di un determinato bene può conferire tale prestigio sociale da indurre un attore del mercato non tenere la giusta considerazione le poste negative.

Infatti non sono solo i costi transattivi del trasferimento ad opporsi allo stesso, ma spesso sono anche gli incentivi culturali. La mancata considerazione di costo opportunità è frutto di una importante fenomeno del endowment bias.

Da disciplina giuridica sembra riflettere il endowment bias, sottoponendo a regime diverso l'esternalità negative quelle positive. In altri termini la proprietà è protetto come valore statico. Una cosa è evidente proprietà fondiaria → tendenza della tradizione romanista a considerare la proprietà fondiaria come una monade non comunicante ed impermeabile; ciò portava a non sprecare sul piano declamatorio fra esternalità negative e positive. Ma entrambe erano solo ignorate.

In tutti i diritti l'esternalità negative ricevono un trattamento diverso da quello positive.

Es: Se Tizio costruisce un bel giardino nel suo cortile, il valore locativo dell'appartamento di Caia, che su tale giardino si affaccia, risulterà aumentato di non poco. Caia si arricchisce, perciò, a spese di Tizio della differenza di valore, fra il canone avrebbe recepito per lo stesso alloggio senza bella vista e quello che può percepire grazie alla bella vista.

In nessun ordinamento Tizio ha azione nei confronti di Caia per ottenere la restituzione dell'arricchimento.

Supponiamo ora che Tizio, nello stesso cortile, prenda a svolgere attività di demolizione di autoveicoli.

Il valore locativo dell'alloggio di Caia crollerà.

Ecco, tutti i diritti daranno azione a Caia contro Tizio e, probabilmente, tutte le normative sulle

immissioni le consentirebbero l'ottenimento, quanto meno del risarcimento.

Questo esempio introduce un aspetto cruciale dello studio della proprietà.

Sussiste, nel diritto, un obbligo generale di non utilizzare la proprietà in modo tale da recare pregiudizio sostanziale ed irragionevole ad un terzo o alla collettività.

Tale obbligo generale non è solitamente contenuto fra le regole proprietarie.

Esso nella tradizione occidentale, trova posto all'interno della responsabilità civile.

L'art 823 BGB, art 1382 Code Napoleon e art 2043 cc → introducono un'obbligazione generale, che si rivolge alla globalità dei consociati, ma che risulta particolarmente incisiva nei confronti di quell'attività che sono svolte in stretto contatto con un fondo. Essi fungono da clausola generale di tutela della vita fondiaria nei confronti dell'esternalità negative, finendo per indicare la natura perfettamente correlata dei poteri e dei doveri proprietari.

Nel civil law moderno, la ragionevolezza Deluso proprietario non è mai stato utilizzato come clausola per l'estensione ed i limiti della proprietà fondiaria, ma si deve constatare che nel nostro diritto è presente tale principio.

L'art 833 vieta al proprietario di fare atti quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia da altri → è un divieto generale di utilizzare la proprietà in modo irragionevole e produttivo di esternalità negative. Tale obbligo, posto sul lato attivo della proprietà, si riverbera su quello passivo in una immunità proprietaria nei confronti dell'esternalità negative.

La tendenza a considerare gli obblighi come mere eccezioni ad una regola generale di libertà proprietaria ha spinto le codificazioni di civil law, verso la specificazione di una serie di art delle varie soggezioni e dei vari obblighi proprietari.

Inoltre una volta inquadrare le poste negative della proprietà come eccezioni e relegato l'obbligo generale di ragionevolezza nell'uso dei beni nella responsabilità civile, ne consegue un'interpretazione letterale restrittiva e uno scarso ricorso all'analogia.

Il sistema della proprietà privata risulta impoverito, se l'interprete si preclude l'estensione analogica dell'ipotesi di obbligo, restando ad aspettare un provvedimento del legislatore, ogni volta che la libertà del proprietario si ponga in conflitto con interessi contrapposti e reclamano il riconoscimento.

Le linee della ricerca civilistica vanno impostate per cercare di far luce sul confine fra idiosincrasia proprietaria e ragionevolezza. Per tracciare tale confine si deve riconoscere che nessun mercato può essere organizzato in modo efficiente senza un'istituzione proprietaria e liberi l'idiosincrasia individuale e che eviti le esternalità.

I limiti e soggezioni nella trasformazione fondiaria

Sono pochi poteri che coinvolgono lo spazio sovrastante il suolo, il quale è allocato proprietario dall'art 840. La giurisprudenza amministrativa richiede per qualsiasi operazione che coinvolge il soprasuolo (a parte la piantagione di alberi) la concessione edilizia. Questa richiesta anche per attività di escavazione, che comportino una modifica permanente dell'assetto del territorio e per altre attività, come l'apertura di un passo carraio.

Quindi per qualsiasi operazione che coinvolga il soprasuolo, il diritto amministrativo limita i poteri del proprietario.

Il proprietario può mantenere sul proprio suolo beni mobili di dimensioni notevoli (es: abbandonare vecchi elettrodomestici → può essere più antiestetico di uno steccato). Si tratta di attività libere, per chiunque controlli a fondo, sicché questi non vengono espressamente contemplati dalla legge positiva ma risultano governati da diverse norme sociali. Il codice non li disciplina, se non nella misura in cui tali attività possano considerarsi immissioni.

Ogni potere proprietario avente per oggetto il soprassuolo ha come presupposto l'attività edificatoria → il potere di edificare è la più importante mole economica, che spinge all'acquisizione della proprietà fondiaria.

Infatti la caratteristica più importante della proprietà fondiaria è la sua capacità di accumulare il plusvalore generazionale, portato dall'attività di modifica permanente del territorio. L'attività di edificazione è la più notevole forma di trasformazione permanente del territorio. Essa non è un

potere esercitabile ad arbitrio del proprietario fondiario, né un'attività limitata solo dal criterio della ragionevolezza, ma l'attività di sfruttamento del soprassuolo è stato controllato diversi fattori: tecnologici, fisico-geografici, economici e giuridici.

Tutti i diritti moderni utilizzano un doppio criterio di gestione dell'attività potenzialmente modificative della setta del suolo. Essi lo condizionano:

1. Attraverso un criterio decentrato: attribuendo ad ogni proprietà e il potere di controllare l'esercizio delle altrui attività edificatoria che provochino effetti esterni che la coinvolgono
2. attraverso il sistema collettivo, con certe pubbliche che attribuiscono proprietà di alcune facoltà di edificazione e non altre.

Questi due sistemi di controllo dello ius aedificandi sono conseguenza di due assunti fondamentali:

- La natura scarsa illimitata di tutte le risorse, sicché i poteri attribuiti ad un proprietario necessariamente terminano laddove iniziano quelli di un altro
- la soggezione della proprietà alla sovranità, sicché un proprietario può svolgere solo quelle attività che non si scontrano con un divieto della pubblica autorità legittimata politicamente.

In questi assunti comportano due diverse conseguenze dal punto di vista dei poteri del proprietario:

- essi sono trasformati in soggezione dall'analogo potere altrui, cioè ciascuno deve subire scelte proprietarie altrui, simmetrica rispetto le proprie
- essi sono declassati a meno è legittimazione a chiedere l'autorizzazione a svolgere determinate attività di trasformazione. Tali attività sono considerate illecite in mancanza di autorizzazione da parte della pubblica autorità.

Limiti dell'interesse dei vicini. L'impostazione del problema delle immissioni.

Un giudice verrà portato a conoscenza di un problema di immissioni, ogni qualvolta, due o più proprietari limitrofi entrino in conflitto, a causa di desideri incompatibili relativo all'utilizzo dei rispettivi fondi.

Immaginiamo, un conflitto tra chi intende utilizzare il proprio fondo per la quiete, e chi viceversa, intende utilizzare il proprio fondo limitrofo, per impiantare una discoteca (**immissioni di rumore**).

Fra chi intende godere del proprio giardino esotico, gustandone gli aromi primaverili e chi intende impiantare una friggitoria di salsicce maleodoranti (**immissione di odori**).

Fra chi intende stendere la biancheria e chi viceversa impianti una attività carbonifera, con relativa fuliggine e pulviscolo (**immissione di fumi e esalazioni**).

Fra chi ha una collezione di cristalleria antica e chi viceversa impianti una attività di collaudo di martelli pneumatici (**immissioni di scuotimento**).

Più di recente si sono sviluppati altri usi incompatibili → reciproci disturbi fra bande d'onda troppo vicine, l'accesso al sole e alla luce, l'uso del ruscello o l'eccessiva di alberi dall'alto fusto con sconfinamento nel fondo altrui.

Il regime delle distanze

Dal punto di vista teorico, sono possibili due modelli alternativi di soluzione dell'uso incompatibile delle proprietà:

1. consiste nel separare fisicamente le sfere dei diversi proprietari per poi garantire a ciascuna monade l'incolumità piena nei confronti di qualsiasi turbativa
2. consiste nel prendere atto dell'impossibilità di una tale separazione fisica completa e creare strumenti giuridici volti a monitorare i disturbi reciproci che inevitabilmente, derivano dall'uso incompatibile delle proprietà.

Il primo modello si sposa con la concezione della proprietà assoluta del diritto romano → per separare le monadi proprietarie, vengono introdotte dettagliate regole sulle distanze accompagnate da declamazioni sull'intangibilità della sfera proprietaria.

Il codificatore italiano non ha abbandonato il modello di separazione su distanze.

Il tentativo di delimitazione precisa, ex ante, della proprietà fondiaria corrisponde a una polemica violenta contro la miriade di situazioni dominicali collettive caratterizzanti la proprietà agraria e contro cui si era scagliata la crociata giacobina.

Sul piano delle fonti, la scelta legislativa non si è spinta nel codice del 42 fino conseguenze ultime → viene riconosciuto un ruolo importante alla consuetudine.

La tecnica della delimitazione ex ante sembra corrispondere ad un ideale di chiarezza delle posizioni soggettive → sono norme che mirano ad un ideale di organizzazione civilistica chiara, diretta e non mediata dall'interpretazione di giudici ed avvocati.

Tale concezione, calata nella realtà, richiede una regolamentazione dettagliata ad opera dell'amministrazione. Nella realtà saranno norme poco applicate, perché necessariamente denudate dalla regolamentazione amministrativa locale e dagli usi.

Si deve notare che un tale modello di separazione delle sfere proprietarie è solo apparentemente più attento alle ragioni della proprietà → esso può svilupparsi solo con accanto delle regolamentazioni pubblicistiche, che creano un circuito alternativo a quello delle corti nel dirimere i conflitti. Tali regolamentazioni disciplineranno ex ante, le attività possibili all'interno di ciascuna sfera proprietaria e rendendo giuridicamente irrilevanti per le corti, qualsiasi violazione delle sfere proprietarie cagionato all'attività consentita.

Ragionevolezza nell'uso fondiario i criteri intermedi

1) modello francese: il Code Napoleon non contiene una disciplina generale del fenomeno immissivo → se ne occupano dottrina e giurisprudenza elaborando rispettivamente la teorica dei "troubles de voisinage" e dell'"abus de droit". Entrambe sono fondate sulla clausola generale della responsabilità civili atipica, contenuta nell'art 1382 e 1384.

Il primo creava problemi teorici perché basa sulla colpa la formula generale della responsabilità atipica per atto illecito.

Il secondo sancisce la responsabilità oggettiva per custodi di una cosa, costringendo l'interprete in molte ristrettezze.

Questa la ragione per cui la giurisprudenza francese, pur obbligando al risarcimento del danno il proprietario le cui missioni superano gli inconvenienti normali di vicinato, non è mai stato unanime nel motivare le proprie decisioni.

2) Modello di common law: affonda la tematica immissiva in una concezione proprietaria non fondata sull'impermeabilità. Tale modello inverte la prospettiva: le missioni sono la regola e l'ordinamento può controllare la loro ragionevolezza.

Il common law inquadra le problematiche degli usi incompatibili nell'ambito del nuisance (law of torts).

La prospettiva viene spostata dalla sfera proprietaria all'analisi del comportamento dell'emittente. Ma il controllo sulla ragionevolezza si spinge fino a considerare l'essere proprietari del soggetto passivo → le corti Verificheranno che cosa è ragionevole fare in un certo fondo e che cosa sia ragionevole far sopportare al fondo vicino.

Inquadrando la problematica immissiva nell'ambito del law of torts, si rinuncia all'assunto dell'esistenza di una sfera di inviolabilità proprietaria e del divieto di immissio in alienum.

Il nuisance si inquadra nell'ambito di un generale arsenale di rimedi più artistici, volte a garantire l'ordinata convivenza fra consociati. La valutazione di ragionevolezza del comportamento immissivo si svolge nell'ambito del sollo circuito privatistico.

Modello intermedie tedesco, italiano e svizzero: le immissioni sono collocate all'interno della problematica proprietaria, ma l'aporia creata dalla concezione assoluta della proprietà è superata gettando un ponte verso la dottrina della responsabilità civile. Quindi sono vietate solo le immissioni che superino un certo standard di tollerabilità o di ragionevolezza. I codici che adottano questa via intermedia, lasciano sopravvivere disciplina delle distanze e le affiancano una formula legislativa ad hoc in materia di immissioni.

Inquadramento nell'ambito della materia proprietaria evita che in materia di immissioni possa essere dedotta una disciplina generale in materia di confini fra sfere di azione individuale. Così sia ancora la disciplina in esame agli aspetti patrimoniali di rapporto fra fondi.

Tale approccio intermedio è seguito da tutti i diritti, se la prospettiva ben aperta a considerare tutte le attività incompatibili e non solo quelle che nella tradizione occidentale vengono considerate

immissioni.

In common law è presente l'idea per cui i development rights allocati ai proprietari nelle ordinanze di zoning, rendono automaticamente ragionevole attività edificatoria ad essi congruente. Al contrario, in Francia e da noi, le autorizzazioni amministrative per edificare sono rilasciate facendo salvi i diritti dei terzi, dando così il via libera al sistema delle corti ordinarie, qualora le violazioni, che derivano da un'attività autorizzata dovessero risultare troppo macroscopicamente lesive della proprietà.

Teoria economica ed immissioni

La lettura giuseconomica inquadra il problema delle immissioni nella categoria della microeconomia.

In termini economici, il problema delle immissioni deriva dal problema della non completa separazione di diritti proprietari. I problemi di separabilità delle sfere proprietarie sono i problemi di limiti dei diritti di proprietà → dove si verifica questo fenomeno, irrompono problemi di esternalità che determinano insufficienze del mercato. La curva di indifferenza di un consociato è affetta da comportamenti di altri individui.

La sfera giuridica di un soggetto viene alterata in peggio da un comportamento altrui, indipendentemente dalla volontà del titolare → Di conseguenza non potrà essere raggiunta l'efficiente allocazione delle risorse.

Gli economisti inquadrano il problema della non separabilità nell'ambito del fenomeno della natura pubblica di determinati beni → si tratta di risorse per cui il consumo non è rivale, cioè la cui funzione da parte di un individuo non preclude la medesima da parte di altri (es: faro).

In queste condizioni, tutti gli individui godono dei benefici derivanti dal bene, ma nessuno se ne accolla i costi. Per converso, si collocano le ipotesi in cui un solo individuo gode di benefici, lasciando sopportare alla collettività i costi (es: immissioni industriali inquinanti l'ambiente).

I ragionamenti degli economisti sui property rights tendono a presupporre la natura rivale del consumo e la piena separabilità delle sfere proprietarie.

Nella realtà l'utilizzo dei beni oggetto di diritti proprietari nella maggior parte dei casi fa sorgere problemi di public goods o di public bads.

Lo scopo delle regole giuridiche in materia di immissioni è quello di creare condizioni il più possibile simili a quelle assunte nell'analisi dei property rights (separabilità piena), cioè garantendo una sufficiente demarcazione delle sfere proprietarie.

Il legame fra le problematiche affrontate dal giurista in materia di emissioni, e quel affronta dall'economista nella soluzione di problemi esternalità rendono imprescindibile lo studio interdisciplinare → ciò spiega lo sviluppo e l'importanza dell'analisi economica del diritto.

Il regime delle immissioni nel diritto italiano

le immissioni sono regolate dall'art 844 cc → è innovativa rispetto alla precedente normativa che non conteneva alcuna disciplina specifica.

Art 844 stabilisce che *“il proprietario di un fondo non può impedire le immissioni di fumo o di calore, le esalazioni, i rumori, gli scuotimenti e simili propagazioni derivanti dal fondo del vicino, se non superano la normale tollerabilità, avuto anche riguardo alla condizione dei luoghi.*

Nell'applicare questa norma l'autorità giudiziaria deve temperare l'esigenza della produzione con le ragioni della proprietà. Può tener conto della priorità di un determinato uso”.

Co 1 → mette in evidenza “la normale tollerabilità”

co 2 → risulta che ci si trova di fronte ad una norma da interpretarsi secondo criteri economici. Il conflitto fra usi incompatibili di risorse scarse viene schematizzato attraverso la locuzione “produzione”, per indicare l'utilizzo dinamico della proprietà, mentre la locuzione “proprietà” ne indica l'utilizzo statico.

Quindi la proprietà immittente viene nobilitata evidenziando quella produttività che il legislatore

vuole sponsorizzare.

Se l'utilizzo del fondo immittente non dovesse essere produttivo, il sacrificio della sfera proprietaria statica sarebbe meno giustificato, ma consentito nei limiti della normale tollerabilità di cui al co 1.

Il requisito della normale tollerabilità costituisce una frattura con la tradizione dell'assolutezza ed inviolabilità proprietaria → al giudice è conferito il potere di stabilire quali comportamenti, aventi un impatto sull'altrui sfera dominicale, sono o meno consentiti. quindi il giudice traccia il confine che separa le sfere proprietarie, ovviando ai problemi di esternalità.

Dottrina italiana ha cercato di classificare le immissioni → si è distinto tra:

- immissioni lecite e illecite
- immissioni dannose, ma lecite
- immissioni industriali e non industriali
- immissioni dirette ed indirette
- immissioni materiali ed immateriali
- immissioni e mere influenza

Tali distinzioni hanno lo scopo di escludere l'applicazione dell'art 844 in tutte quelle ipotesi che non ricadono nel concetto di immissioni. Questo atteggiamento è legato al pensiero per cui l'art 844 è considerato una deroga eccezionale al sistema.

Dal procedimento seguito in materia derivano due limiti:

1. Si enfatizza il carattere privilegiato del rimedio inibitorio (cessazione delle immissioni, più risarcimento danni) nei confronti delle immissioni intollerabili → tale rimedio costituisce la reazione tipica nei confronti dell'illecito continuativo (così come la riparazione in forma specifica dovrebbe essere prioritaria rispetto al risarcimento per equivalente).

Secondo la dottrina solo l'inibizione consente di prendersi cura di interessi non patrimoniali (es: salute). La conseguenza indiretta di un rimedio volto a difendere un fondo contro le immissioni sarebbe un beneficio per interessi estranei al processo (es. desiderio di aria pulita dei bambini che giocano in un parco). Ma tale analisi è irrealistica, perché la tutela inibitoria è solo una property rule, di cui le parti possono disporre dopo negoziazione (quindi se L'emittente svaluta il diritto di inquinare più di quanto il proprietario limitrofo valuti il proprio fondo, ci sarà un negoziato → per cui il diritto ad inquinare verrà comprato).

2. Sorgono altri problemi riguardo al rimedio risarcitorio → infatti il giudice contemperando gli interessi della produzione con la proprietà, potrebbe ritenere di far prevalere le prime, dichiarando lecite le immissioni dannose. Per cui alla proprietà sarà dovuto un indennizzo → infatti siccome il danno è cagionato da attività lecita, risulterebbe inaccettabile condannare a risarcimento di chi non ha commesso un illecito. Quindi non si parla di risarcimento, ma di indennizzo, il quale deve essere inferiore a risarcimento. Ciò darà adito ad iniquità ed inefficiente.

Es: chi risulta danneggiata da una discoteca rispetto a chi è danneggiato da una segheria → soltanto il secondo proprietario è danneggiato da una attività produttiva. Costringerlo a ricevere un risarcimento inferiore alla sua vera perdita, in quanto la immissione intollerabile viene dichiarata lecita è inaccettabile, a fronte del primo proprietario, che oltre ad ottenere l'inibitoria, riceve il risarcimento pieno, perché la immissione è considerata illecita.

La sperequazione è intollerabile, per il proprietario è altrettanto intollerabile esser disturbato da una discoteca, quanto da una segheria.

Dal punto di vista economico, poi si costringe chi subisce l'immissione a pagare di persona un sussidio all'emittente, nella misura della differenza fra il danno subito in rete il valore dell'indennizzo ricevuto → tal cosa non trova giustificazione.

La normale tollerabilità come criterio relativo

È normale tollerabilità è un criterio relativo → per l'art 844 il giudice, nel determinare la normale tollerabilità, dovrà tener conto anche delle condizioni dei luoghi.

Ciò che non è tollerabile in un quartiere industriale o in un distretto a luci rosse non è tollerabile nella quiete di una zona residenziale di villette.

La dottrina e la giurisprudenza considerano un passo avanti l'aver fatto chiarezza su un punto: che la tollerabilità va valutata dal punto di vista di chi subisce le immissioni.

A ben vedere tutti quei sistemi che focalizzano sulla ragionevolezza della attività immissiva finiscono per elaborare regole analoghe.

Potrà dirsi senza rilevanti diversità di contenuto che:

- che è intollerabile sopportare il rumore di una segheria in un quartiere residenziale
- che è irragionevole impiantare una segheria in un quartiere residenziale

La giurisprudenza si ispira questi criteri di relatività → il giudice dovrà tener conto non solo dell'ubicazione spaziale dell'attività, ma anche quella temporale (es: ciò che è lecito alle 4 pm, non può essere lecito alle 3 am).

Il preuso

Importanti divergenze fra i sistemi si incontrano a proposito del preuso.

Common law → si è sviluppata la dottrina nota come “coming to the nuisance”. Nessun rimedio veniva tradizionalmente dato, qualora chi lamenta l'immissione si fosse volontariamente assoggettato alla stessa.

Una tale regola sembra efficiente, qualora un individuo acquisti un immobile per farne una casa di abitazione, presumibilmente ispezionerà il giardino e noterà che il vicino di casa tiene lì accanto il proprio maneggio, o se in prossimità si trovano ripetitori per la telefonia mobile.

La presenza del maneggio, o dei ripetitori, così come altri fattori rientreranno nel prezzo di acquisto, o, comunque, saranno considerate in sede di trattativa.

Il criterio del preuso non ha alcun carattere di rigidità. Quindi la regola first come first served (chi primo arriva meglio alloggia) → non può essere il solo criterio di allocazione dei property rights (es: le regole sull'acquisto della proprietà per occupazione sono in linea con questo criterio, ma trovano i limiti della non opportunità di cose altrui).

Diritto italiano → Il criterio del preuso è molto sacrificato. Nel valutare la normale tollerabilità, il giudice può tener conto della priorità di un determinato uso. Ma la dottrina, fedele all'approccio restrittivo sviluppato giurisprudenza, ha limitato l'applicazione di tale norma al giudizio di contemperamento di cui al 2 co.

Così ridotto il criterio del preuso risulta schiacciato dalle ragioni della produzione, ma è invece nell'ambito del giudizio sulla tollerabilità che il criterio first come first served può spiegare i suoi effetti.

Ci si deve chiedere perché questa scelta di abdicare il criterio del preuso → è il residuo della concezione assoluta della proprietà tipica della tradizione romanista, da cui il legislatore italiano non riesce a staccarsi. Inoltre la concezione assoluta della proprietà si accompagna al divieto di immissio in alienum → il giurista italiano prima scopre l'importanza di valutare la tollerabilità dal punto di vista della sfera dell'immesso; poi impermeabilizza tale sfera e non può considerare tollerabili immissioni in questa sfera, per il solo fatto che esse derivano dall'attività produttrice svolta in precedenza.

La mancata omogeneità fra i moderni sistemi giuridici spiega a causa delle diverse teorie economiche che supportano le diverse soluzioni.

La considerazione del criterio del preuso ha una funzione di incentivo all'investimento, perché consegna nelle mani di chi per primo investe una sorta di monopolio.

Es: Tizio urbanizza un villaggio alpino, per costruirsi una residenza al fine di trascorrere i tre periodi di suggestivo. Caio approfitta dell'esternalità positive provenienti dall'insediamento del primo proprietario, per trasformare la propria baita in una discoteca. → per Tizio sarà importante far valere il preuso, al fine di stabilire gli standard di tollerabilità in quella zona. Quindi Tizio ha comprato il diritto mantenere le modalità d'uso da lui prescelte.

A queste considerazioni mostrano due punti da tener presente:

- Il preuso giuridicamente rilevante, al fine del giudizio di tollerabilità, non è solo quello dinamico (immissivo), ma può anche essere quello statico
- sono evidenziate le ragioni contrarie alla locazione di un monopolio in capo al primo

utilizzatore. Anche restando nella stessa prospettiva di incentivo allo sviluppo, che giustifica il conferimento di questo monopolio, è evidente che l'incentivo iniziale si tramuta in disincentivo ad ulteriori sviluppi.

Entrambe le soluzioni relative al criterio del preuso hanno lati positivi e negativi: tutte quelle contrarie al preuso, sembrano convincenti solo qualora la tutela del preuso fosse assoluta e sottratta al bilanciamento degli interessi; tutte quelle a favore del preuso invece, sembrano introdurre ulteriori fattori nel giudizio su tollerabilità e ragionevolezza.

Immissioni industriali

Valutando diversi aspetti e bilanciando gli interessi in gioco il giudice italiano potrà giungere ad un convincimento circa la natura tollerabile o meno dell'immissione.

In linea teorica, la compressione della sfera proprietaria è possibile solamente nei limiti della normale tollerabilità sicché l'immissione intollerabile deve essere interrotta.

Il legislatore prescrive l'introduzione di un nuovo giudizio di bilanciamento: anche l'immissione intollerabile può continuare, qualora lo richiedano le esigenze della produzione.

Ciò significa che il giudice è chiamato a un'analisi costi – benefici che va condotta, evidentemente, con a mente il solo interesse sociale. Mentre il primo giudizio (sulla tollerabilità), volto a definire i limiti fra diritti proprietari, è svolto con criteri interpretativi, il bilanciamento di cui al co 2, va condotto tenendo presenti tutte le poste esterne, rispetto alla definizione del conflitto interproprietario.

La dottrina più attenta esemplifica il conflitto in esame, considerando quello paradigmatico fra occupazione ed ambiente. Nel conflitto fra la raffineria di carbone immittente e la massaia che stende il bucato, il giudizio di tollerabilità è nettamente favorevole a quest'ultima.

Il giudizio di produttività, viceversa, è probabilmente, favorevole all'industria.

La massaia, infatti in questo caso, rappresenta l'interesse dell'ambiente salubre, mentre l'industria non rappresenta solo il profitto dell'imprenditore ma anche l'interesse all'occupazione dei 100 operai che vi lavorano.

Ora è chiaro che questo secondo giudizio di bilanciamento risulta più complesso sicché il giudice non sempre è nella migliore posizione per svolgerlo.

Spesso nella fattispecie dell'art 844 co 2 rientrano situazioni difficilmente valutabili dal giudice → come il problema delle immissioni industriali.

Un settore nel quale si tende a rifiutare il bilanciamento degli interessi è quello del danno ambientale: si pensi, ad esempio, all'inquinamento idrico ed atmosferico, causato da una attività industriale, la quale, peraltro, non è direttamente lesiva di una determinata sfera proprietaria altrui. L'inquinamento elettrico – magnetico offre un altro esempio recentemente emerso alle luci della ribalta.

Per la tutela dell'ambiente, si è spesso fatto ricorso al risarcimento in natura, ex articolo 2058 (funzione inibitoria).

Il tema del risarcimento in forma specifica, rispetto al danno ambientale, subisce un'evoluzione con l'emanazione della legge 8 – 7 – 1996 n. 349 → l'art 18 prevede infatti “*il ripristino dello stato dei luoghi a spese del responsabile*” del danno ambientale.

Mattei ritiene che la norma accordi la preferenza al risarcimento in forma specifica rispetto a quella per equivalente.

Vi è una ragione specifica, a sostegno di questa interpretazione.

L'ambiente infatti è inquadrabile fra i beni pubblici caratterizzati dalla nozione di non – escludibilità. Come la difesa militare giova ad ogni cittadino, compresi i pacifisti, così anche l'aria pulita di una città è goduta da tutti i suoi abitanti.

Prevedere quindi un risarcimento in forma specifica equivale quindi a riconoscere un diritto, con piena tutela sull'ambiente a ciascuno dei soggetti che vivono nell'ambiente stesso, l'azione di ciascuno di essi, volta al ripristino della situazione preesistente, provoca un beneficio per tutti.

Estensione analogica dell'art 844 e diritto alla salute

art 844 consente il pacifico godimento da parte del proprietario. La norma stabilisce che la legittimazione attiva aspetta il proprietario di un fondo.

Ci si deve chiedere se l'ambito di applicazione della norma possa essere esteso.

Nel codice è contenuta una norma (art 1585) che permette al conduttore di agire in proprio contro i terzi che, senza pretendere di avere diritti sulla cosa locata, arrechino molestie tali da diminuire il godimento del conduttore → tale art attribuisce al locatario un'azione recuperatoria.

La tutela contro le molestie dei terzi predisposta dall'art 1585, ha reagito sull'interpretazione dell'art 844 → infatti la giurisprudenza tende ad ampliare il novero dei soggetti che possono invocare la protezione contro le immissioni, intesa come protezione del godimento di un immobile. Tale norma viene applicata per analogia, a favore del soggetto che, in base ad un preliminare di vendita, è stato introdotto nel godimento dell'immobile, prima della stipulazione del contratto definitivo: il possesso e la detenzione qualificata sono situazioni sufficienti per invocare la tutela contro le immissioni.

A fronte di questo allargamento della legittimazione attiva si deve registrare una forte erosione causata dalla tutela del diritto alla salute.

Negli ultimi 15 anni, i giudici di merito hanno sempre protetto la salute dall'inquinamento acustico → il rumore provoca una lesione della salute (intesa come equilibrio psico-fisico) se eccede la soglia di 3 decibel sopra il livello del rumore di fondo. Il diritto alla salute fa parte dei diritti fondamentali della persona riconosciuto dall'art 32 cost → è suscettibile di mediazione con altri interessi umani → il rumore oltre la soglia citata va sempre considerato intollerabile, senza ammettere una valutazione comparativa degli interessi (dell'art 844) → per cui non appena si accerti il superamento della soglia di rumore, il giudice deve ordinare la cessazione, essendo implicito il danno biologico.

Quindi le immissioni di rumore (quasi sempre superiori alla soglia) non sono più regolate dall'art 844, perché l'inibitoria è automatica. Dato che altri tipi di immissioni ledono la salute (es: scuotimenti, fumi), l'ambito di operatività dell'art 844 sarà ancora ridotto.

Il ragionamento giudiziario è scorretto per due ragioni:

1. Si basa sull'applicazione immediata dell'art 32 cost, come se esso fornisse uno strumento di tutela direttamente fruibile il giudizio
2. risulta abolito oltre al contemperamento degli interessi, anche il criterio della priorità dell'uso dell'art 844. L'abbandono del criterio del preuso è criticabile sia sul piano esegetico (restringe l'ambito dell'art 844) sia sul piano generale (dato che il criterio risponde a ragioni di efficienza economica).

Le conseguenze sono rilevanti → es: che compra un alloggio vicino ad un aeroporto, paga un prezzo basso che sconta la rumorosità della zona → ma egli può inibire l'attività aeroportuale se il rumore supera la soglia. Quindi la tutela della salute viene considerata indisponibile dal soggetto ed essa non viene bilanciata con alcun interesse produttivo altrui (quindi non è giusto che il diritto alla salute vada compensato da altri vantaggi es prezzo basso).

Invece bisognerebbe tenere presente che ogni soggetto dispone di risorse limitate, tra cui rientra la salute, che ciascuno può desiderare, e questa si pone in alternativa con altri interessi, che sono sacrificati da quest'interpretazione.

Quindi non sembra giusto che i giudici italiani invece di utilizzare lo strumento duttile dell'art 844, essi irrigidiscono le proprie decisioni giustificandole in base alla tutela della salute → i giudici si dimostrano incapaci di sfruttare quella regola.

Edificazione e distanze

La situazione dei luoghi si riflette sul valore di mercato di una proprietà immobiliare (es: chi compra un immobile ispezionerà il luogo e farà attenzione alle attività in missive provenienti dai fondi altrui).

La giurisprudenza stabilisce che il proprietario di un fondo ha interesse a ciò che vicino intende farvi (es: nessuno acquisterà una casa libera sui quattro lati, senza consapevolezza dello stato di edificabilità dei suoli circostanti).

In materia di distanze fra le costruzioni → si tratta di misure fisse, computate ex ante con

precisione. Due sono le differenze teoriche con il regime delle distanze fra le piante:

1. Le distanze non sono computate dai confini, ma dagli edifici → quindi cmq un proprietario edifichi sul proprio fondo, egli resta soggetto comportamento reciproco del vicino.
2. la ratio della normativa non è con formativa delle sfere proprietarie, ma anche una valenza pubblicistica → Infatti l'edificazione eccessivamente vicina fra due edifici crea possibili problemi di intercapedini (che impediscono la circolazione dell'aria, l'arrivo della luce, creando vicoletti umidi e malsani). Quindi le norme sono solo in parte disponibili dei proprietari confinanti, perché il loro accordo può provocare problemi di diseconomie, nei confronti di sfere esterne rispetto alle loro (es: salute pubblica).

Art 873 stabilisce una distanza minima di 3 m fra gli edifici, derogabile dai regolamenti locali, solamente nel senso di imporne una più ampia.

Dato che la distanza è prevista fra le costruzioni (e non tra i confini) si aprono tre possibilità teorica:

1. Il **primo proprietario che edifica** (preveniente) potrà scegliere dove edificare → solo qualora edifichi **ad una distanza dal confine uguale o superiore a 1 m e mezzo**, egli non ha nulla da temere da parte del suo vicino. Se così sarà, egli dovrà però rinunciare all'utilizzo di una fetta del proprio fondo, perché qualora voglia utilizzare in tutto o in parte anche questa fetta di fondo, si troverà soggetto il comportamento altrui. In questa prima ipotesi, il proprietario prevenuto potrà edificare, disinteressandosi del consenso del vicino.
2. **il proprietario preveniente potrà edificare sul confine**, ma così il vicino potrà chiedere la comunione del muro oppure costruire un'aderenza allo stesso. In quest'ipotesi il proprietario prevenuto, per edificare, dovrà ottenere il consenso del proprietario contrapposto, sia volontariamente sia tramite il giudice.
3. **Il proprietario preveniente potrà edificare ad una distanza inferiore a 1 m e mezzo** → sarà così soggetto ad una espropriazione della fetta di fondo, da parte del vicino che intende costruire in aderenza, o chiedere la comunione di muro, a meno che non arrechi il proprio muro, o non lo avanzi fino al confine. In tal caso, il vicino prevenuto, che intende costruire, dovrà chiedere al preveniente, a mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento, quali siano le sue intenzioni. Quest'ultimo deve rispondere entro 15 giorni e, nel caso in cui intende evitare di perdere la striscia di terra in questione, dovrà cominciare i lavori entro 6 mesi, dal giorno in cui ha comunicato la sua risposta (art 875). La mancata risposta da al prevenuto il potere di continuare nel suo progetto.

Il nostro diritto resta in parte fedele alla tradizione francese del Code Napoleon e in parte la complessifica.

L'analisi economica offre due criteri di valutazione della normativa in esame:

1. Il primo è quello per cui per quanto possibile, le sfere proprietari dovrebbero avere confini certi
2. il secondo è quello per cui in mancanza di serie ragioni contrarie, la proprietà dovrebbe restare individuale

Entrambi questi criteri condannano la nostra disciplina, resa inutilmente complessa.

Innanzitutto il regime delle distanze fisse presentamolti vantaggi, in termini di mancanza di elasticità ed adattabilità delle circostanze concrete, ma esso presenta vantaggi notevoli nel senso della certezza delle situazioni soggettive. Per questa ragione, anche in common law, sia sviluppata la pratica di “restrictive covenants”, volti a rendere azionabili, indipendentemente dalla presenza concreta di danni, le lesioni di distanze, imposte convenzionalmente fra le parti, o il mancato rispetto dei limiti, a loro volta convenzionali, nella libertà di godimento fondiario.

Carattere imperativo o dispositivo del regime delle distanze

Art 873 → introduce per la prima volta la preoccupazione delle intercapedini.

Tale norma si inserisce in uno sforzo generale di affidare alle scelte decentrate la gestione del territorio.

Ma l'art 873 si dimostra velleitario, è lo strumento della regolamentazione pubblicistica e continua disciplinare le distanze a partire dai confini. Così introduce una sovrapposizione di modelli

complicata ed inefficiente.

Inoltre dalla natura pubblicistica del regime delle distanze, viene fatto discendere l'inderogabilità pattizia delle medesime. Così facendo si impedisce la più efficiente allocazione delle risorse, conseguente ad un libero negoziato costi transattivi bassi e non si tiene conto del fatto che il proprietario di rimpetto ai sono quelli più esposti agli effetti malsani di un'intercapedine. perciò difficilmente un accordo in deroga potrebbe verificarsi se ad esso conseguono effetti nocivi per la salute.

Dal nostro giurisprudenza ha ricordato che in materia di salute da norma rilevante e l'art 2043. inoltre in ambito della regolamentazione amministrativa, non mancano strumenti adeguati a mantenere uno standard di cura apprezzabile; per cui sarà in sede di concessione della licenza edilizia che dovranno essere considerati effetti esterni alle sfere individuali concedendo o negando il permesso.

Quindi sottrarre ai proprietari il potere di negoziato diretto significa sottrarre la possibilità di deroghe benefiche.

Significativa è la deroga di cui all'art 878, secondo cui non sono considerati per il computo della distanza indicata dall'art 873 "il muro di cinta ed ogni altro muro isolato, che non abbia un'altezza superiore ai 3 m".

inoltre l'art 879 esclude espressamente il regime delle distanze per gli edifici pubblici e per quelli che sono riconosciuti interesse storico, archeologico o artistico.

In conclusione, va ricordata la natura rigida della regolamentazione sulle distanze: la loro violazione consente al proprietario leso di chiedere l'abbattimento della costruzione altrui (art 872) → qui al giudice non è lasciato alcun margine discrezionale per un etto con temperamento degli opposti interessi.

Divieto degli atti di emulazione

Art 833 recita "il proprietario non può fare atti, i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri".

Secondo la interpretazione tradizionale di questa norma, costituiscono atti emulativi gli atti materiali compiuti dal proprietario, nell'esercizio del suo diritto, se egli intende nuocere ad altri (elemento soggettivo) e se l'azione nociva non comporta alcun vantaggio per il proprietario stesso (elemento oggettivo).

Per cui, è assai arduo dimostrare che l'unico intento del soggetto è quello di nuocere ed è probabile che l'azione nociva comporti, comunque, un minimo di utilità per il proprietario. Sono incappati nel divieto, perciò soltanto i casi di scuola (es. elevare un muro, al solo scopo di impedire la vista al vicino).

Appare senza dubbio, preferibile una diversa lettura, che sfumi il requisito soggettivo del dolo e ricollegli la norma con la problematica più generale dell'abuso del diritto.

L'art 833 impone, allora, il bilanciamento tra gli interessi contrapposti: risulta vietata la condotta, che arreca ad altri un danno totalmente sproporzionato, rispetto al vantaggio conseguito dal soggetto che la compie.

Il proprietario nel prendere una determinata decisione sull'utilizzazione dell'immobile, deve valutare se il nocimento prodotto ad altri è eccessivo, rispetto al proprio vantaggio.

È possibile compiere ulteriori estensioni del campo di applicazione dell'art 833 → si può ritenere vietato, non solo un atto materiale di godimento, ma anche compiere atti remunerativi che coinvolgono le forme di disposizione giuridica di altre prerogative del diritto di proprietà (es: commette un atto emulativo il condomino che si oppone immotivatamente alla ricostruzione dell'edificio perito voluto troppe spese da altro condomino).

Viene rifiutata la qualifica di emulativa per la domanda giudiziale, mirante a far rispettare le distanze tra edifici.

Soggezione ed obbligo del diritto di proprietà

Un'analisi economica che ambisce a cogliere realisticamente la natura economica delle situazioni

domenicali deve essere consapevole che la proprietà comporta sia poteri sia soggezioni (deve rifiutare la tradizione dominante che vede la proprietà solo come portatrice di vantaggi) → poteri e soggezioni si compensano.

L'obbligo (a cui corrisponde la pretesa) è una delle poste negative della proprietà → “Se a un soggetto è comandato di tenere un certo comportamento, diciamo che questo comportamento è oggetto di un suo dovere... il dovere è sempre imposto per la realizzazione di un interesse. Se di questo interesse è portatore soggetto, al quale sia attribuita la possibilità di pretendere l'adempimento del dovere, diciamo che questi è titolare di una pretesa... il dovere corrispondente ad una pretesa si può disegnare con il termine più specifico di obbligo”.

Gli obblighi influiscono sul valore della proposta fondiaria, come investimento passivo di lungo periodo, volto al mero accumulo della ricchezza generazionale.

Gli obblighi proprietari si differenziano dalle soggezioni perché impongono al proprietario fondiario esborsi di denaro in mancanza dei quali egli può essere penalizzato dall'ordinamento giuridico, il quale può giungere fino a farlo decadere dalla stessa posizione dominicale → cioè si tratta di adempimenti positivi, a cui palpitare fondiario non può sottrarsi. Tali adempimenti positivi colpiscono l'investimento passivo di lungo periodo (che è la caratteristica positiva per eccellenza della proprietà immobiliare).

Nel momento in cui un soggetto acquista un immobile, dovrà tener conto degli obblighi che la società comporta:

1. Obblighi di responsabilità oggettiva nei confronti di terzi → una corretta analisi costi-benefici della proprietà deve tener conto del costo del rischio, che tale responsabilità oggettiva fa correre al proprietario. Tale costo si sostanzia nel prezzo della copertura assicurativa, che il proprietario dovrà procurarsi.
2. La forte pressione tributaria a cui è sottoposta la proprietà immobiliare
3. costi di mantenimento e di trasformazione a cui proprietari non può sottrarsi → es: regime della suddivisione delle spese fra proprietario ed eventuale inquilino, in cui a quest'ultimo aspetto non quelle straordinarie. È ancor più rilevante è l'obbligo di manutenzione straordinaria, cui deve far fronte proprietario, il cui immobile diventa oggetto di qualche forma di regolamentazione ornato pubblico, a causa della sua particolare localizzazione fisica.
4. Numerosi obblighi che discendono dalle peculiari caratteristiche di una fetta molto importante della proprietà immobiliare: il condominio negli edifici e altre situazioni di contitolarità

Proprietà immobiliare e responsabilità oggettiva

Le regole proprietarie e le regole di responsabilità civile sono connesse.

All'interno della tradizione occidentale, taluni sistemi considerano le immissioni nell'ambito della proprietà ed altri in quello della responsabilità civile.

Nel nostro codice, le obbligazioni risarcitorie, cui proprietari deve far fronte, rientrano nell'ambito della responsabilità extracontrattuale → quindi non rientrano tra le poste negative della proprietà.

Nonostante ciò, l'art 2053 fa riferimento alla proprietà immobiliare, prescrivendo che *“Il proprietario di un edificio di un'altra costruzione è responsabile dei danni cagionati dalla loro rovina, salvo che provi che questa non è dovuta a difetto di manutenzione, o a vizi di costruzione.”*

La norma interpretata in modo estensivo per quanto riguarda la nozione di “costruzione” e quella di “rovina”.

La norma ha natura proprietaria (e non riguarda la responsabilità aquiliana) → ciò risulta dall'analisi dei rapporti tra proprietario locatore e inquilino conduttore. Infatti è evidente che è un fondamento corposo della responsabilità si fonda su una sorta di dovere di sorveglianza colposamente disatteso. Nel caso di rovine di un edificio dato in locazione, il legittimato passivo ex art 2053, è il proprietario (e non il conduttore che al massimo è chiamato a ispondere per la custodia, se ne ricorrano i presupposti). Infatti il dovere di sorveglianza del proprietario risulta inconciliabile con il diritto alla privacy del conduttore e anche inefficiente perché rende incerte le sfere del proprietario

del conduttore, con aumento dei costi transattivi.

Quindi fondamento della responsabilità di cui all'art 2053 è di tipo oggettivo → il proprietario potrà andare indenne, solo se dimostra che la rovina non deriva da un difetto di manutenzione o vizi di costruzione (tale prova coincide con il caso fortuito).

Sul piano economico, il principe si giustifica come controllo delle esternalità → laddove proprietario fa propri benefici derivanti dalla cosa, egli ne deve sopportare costi → una norma diversa (che non si fonda sul risarcimento del danno da rischio lecito) comprometterebbe la separazione fra costo privato costo sociale.

La natura proprietaria si giustifica dal punto di vista della tasca profonda → poiché il proprietario dell'edificio e tale anche nei confronti del suolo, quest'ultimo posto del suo patrimonio dovrebbe costituire un elemento capace di garantire il buon fine dell'azione risarcitoria.

Inoltre anche l'art 2051 (che non riguarda il proprietario ma anche chi abbia a diverso titolo custode del bene) finisce in molti casi per coinvolgere il proprietario, imponendogli ulteriori obblighi positivi → ad es tale norma è stata utilizzata nel caso di smottamento di neve dal tetto, di crolli parziali che non costituiscono rovina, effettuazione d'acqua. In tal caso, il solo modo che il proprietario avrà, per liberarsi della responsabilità, sarà quello di indicare qualche altro soggetto come custode. Ma anche in tal caso potrà essere chiamato a rispondere in solido. Ed inoltre proprietari sempre considerato custode, fino a prova contraria.

In questi casi, ciò che crea un vincolo effettivo di responsabilità proprietaria è l'esistenza di forme di pubblicità, che rendono possibile a basso costo l'individuazione del soggetto presunto responsabile.

L'art 2054 co 3 offrono conferma di questo dato.

Obligationes propter rem

Il proprietario non è libero da soggezioni ed obblighi, nei confronti di individui estranei alla sua situazione dominicale (siano altri proprietari o terzi danneggiati non proprietari).

Il regime delle obbligazioni proprietari risultano più gravoso, qualora un proprietario abbia a che fare con altri soggetti proprietari, relativamente medesimo bene → ciò è evidente in tre situazioni di contitolarità sugli immobili: la comunione, il condominio negli edifici e la multiproprietà.

La natura di questi problemi è già messi in luce da alcune forme semplificate di comproprietà, cioè quelli che danno origine alle obligationes propter rem. In questi casi la presenza di un soggetto contro interessato interno la sfera capitaria, fa sorgere l'obbligo di mantenere il bene in una situazione di efficienza più alta di quanto un proprietario singolo potrebbe desiderare → dato che il mantenimento della proprietà ha dei costi, questi casi si collocano tra le poste negative della proprietà.

Code Napoléon → utilizza la comproprietà nel regime della separazione fra fondi → tale soluzione è utilizzata in via presuntiva per muri, fossi e da altri ed in certi casi è favorita tramite un regime di cessione forzata. Quindi materia di strutture divisorie la comunione è la regola → ciò è confermato anche dall'art 646 Code N. che offre ad un proprietario l'azione di bornage, per costringere il vicino ad accollarsi la metà degli oneri dell'apposizione dei termini.

Analogo è il regime previsto dal BGB.

Diritto italiano → dobbiamo prendere considerazione gli art 882,886 e 887.

La regola generale è quella per cui *“le riparazioni e le ricostruzioni necessarie del muro comune sono a carico di tutti quelli che vi hanno diritto e in proporzione del diritto di ciascuno”*. Tale regime di comunione sul lato passivo non riguarda:

- Le spese che non possano considerarsi necessarie
- Le spese cagionate da uno dei partecipanti
- il proprietario che rinunci alla comunione mediante atto scritto e trascritto → tale caso è limitato alle ipotesi in cui il muro comune non sorreggono edificio di spettanza del proprietario che rinuncia. Quest'ultimo atto non libera e rinunciante dall'obbligo delle riparazioni e ricostruzioni a cui abbia dato causa col fatto proprio. Ci rinuncia perde ogni diritto sul muro e sulla porzione di fondo su cui questi insiste. La rinuncia comporta un aumento delle spese da sostenere in capo ad altri proprietari. Nei casi in cui la norma

consente di sottrarsi dall'applicazione di mantenimento, il regime appare insoddisfacente perché favorisce il comportamento opportunistico di chi si sottrae alla comunione. Infatti entrambi comunisti vengono incentivate d'uscire dal gioco cooperativo, sicché il muro finisce per essere abbandonato.

L'art 886 recita “Ciascuno può costringere il vicino a contribuire per metà nella spesa di costruzione dei muri di cinta che separano le rispettive case, i cortili e i giardini posti negli abitati”. Il vicino però “ si può esimere dal contribuire nelle spese di costruzione... cedendo, senza diritto compenso, la metà del terreno su cui il muro di separazione deve essere costruito” (art 888). Quindi nel lungo periodo lo scenario sarebbe: le parti si sottrarranno dall'obbligo di mantenimento del muro comune, questo andrà in rovina e uno dei due proprietari potrà costringere l'altro a ricostruire il muro.

Il solo modo per ovviare all'inefficienza di questo quadro normativo, se considerare la norma disponibile dell'accordo delle parti. Inoltre essa è limitata ai soli abitati.

L'art 887 prescrive che esso due fondi si trovano a dislivello, il proprietario del fondo superiore dovrà sopportare per l'intero il costo del muro, fino al livello del proprio suolo, e la comunione scatterà solo per l'avessi da parte, innalzata Rispetto ad entrambi i suoli.

Tale norma costituisce un'applicazione del principio della lotta all'esternalità → il fondo superiore esterno eviterebbe su quell'inferiore sottoforma di smottamento, se non fosse arginato dal muro di contenimento. Per cui razionale che i costi della prevenzione di un evento, di cui risponderebbe il proprietario superiore, vi siano locati per l'intero.

Obbligazioni fiscali

chi riflette sulla natura della proprietà fondiaria non deve ignorare gli aspetti tributari → Infatti materia fondiaria, le esigenze tributari giustificano storicamente ed informano i catasti e vari sistemi di registrazione fondiaria. Il fatto che il catasto si è redatto fini tributari, e non civilistici, non è privo di conseguenze → es: nel nostro diritto le mappe catastali possono essere utilizzati solo in modo marginale a fini probatori nell'azione di regolamento di confini.

In un primo momento proprietà fondiaria e ricchezza andavano di pari passo, ma da qualche tempo si segnala il fenomeno della mobiliarizzazione della seconda → significa che al sistema tributario, che mira colpire la ricchezza, non sarà più sufficiente disporre del quadro di come la ricchezza immobiliare si è distribuita tra i consociati. In altre parole, il legame fra proprietà fondiaria il sistema tributario si è allentato → ciò significa che al prelievo fiscale sulla proprietà immobiliare viene affiancata da altri elementi patrimoniali rilevanti ai fini fiscali.

Di conseguenza, la proprietà non è mai stata elaborata dalla dottrina tributarista come una nozione autonoma, sicché risulta complesso ottenere una mappa di tutti provvedimenti tributari che colpiscono la proprietà immobiliare. Essa non può liberarsi della propria connotazione fisica: quella di essere la meno facilmente occultabile fra gli elementi di un patrimonio → +1 sistema tributario e rozzo, tanto riesce a colpire solo gli aspetti più visibili del patrimonio.

Nel nostro sistema, i prelievi fiscali colpiscono la proprietà fondiaria secondo due modelli:

1. si colpisce qualsiasi esercizio dei poteri o delle legittimazione del proprietario → l'equazione è: l'esercizio del potere = incremento di ricchezza → così vengono colpiti i trasferimenti, le trasformazioni, o gli usi necessitanti un provvedimento amministrativo di autorizzazione, le locazioni e altre forme di trasferimento parziale dei poteri proprietari.
2. La proprietà fondiaria viene colpita indipendentemente dal suo utilizzo → ratio: L'imposta è il corrispettivo per il servizio di difesa della proprietà svolto dallo Stato attraverso la polizia.

In un sistema informato al prelievo fiscale progressivo, è l'essere titolare di una proprietà fondiaria comporta il salto in categorie di reddito superiore e ad aliquote più alte.

Il modello impositivo appena descritto così sostanzia nelle forme dell'imposizione ordinaria. Si deve registrare che una riforma ha cancellato le antiche imposte immobiliari classiche (ILOR e INVIM) introducendone una nuova, cioè l'ICI (imposta comunale sugli immobili) → qui il legislatore si dimostra incapace di utilizzare le nozioni civilistiche, infatti tale legge individua come presupposto per l'imposizione il possesso (dimenticandosi di specificare che la dottrina classica

tributaria, intende che le imposte immobiliari colpiscono chi possiede un titolo di proprietà, enfiteusi, usufrutto o altro diritto reale).

Nel corso degli anni 20 posizioni straordinaria sugli immobili sono stati in Italia.

La perdita di contatto fra nozioni con quella di proprietà, nell'ambito civilistico e in quello tributario comportano un fenomeno preoccupante → l'imposizione tributaria in Italia non è mai percepita sul piano istituzionale, come un attentato alla garanzia costituzionale della vita privata. Ciò comporta che il momento tributario venga escluso sia dal discorso civilistico sulla proprietà sia da quello costituzionale.

Obblighi proprietari introdotti dalla legislazione speciale ed agli atti amministrativi

Gli strumenti urbanistici possono imporre obblighi al proprietario.

ES: Tizio può acquistare un immobile urbano al solo fine di investire sul lungo periodo per appropriarsi della rendita di posizione → in tale ipotesi non avrà alcun interesse mantenere l'immobile in uno stato di decoro, ma lo acquisterà aspettando di alienarlo al momento opportuno.

Legge italiana non sempre lo consente, infatti il diritto urbanistico può imporre diversi obblighi di intervento positivo sulla proprietà privata → è un'ipotesi diversa rispetto alla conformazione della proprietà, dove qui il proprietario intende trasformare la proprietà è poi contrario più o meno stringenti obblighi il suo potere di farlo (es: obbligo di conformarsi a determinate tecniche edilizie o determinati standards igienici, estetici ecc).

Nell'ipotesi in esame invece, il proprietario non intende operare alcuna trasformazione, ma viene obbligato a farlo dei precetti dell'ordinamento.

Quindi nel primo caso, il diritto predispone rimedi idonei a curare l'inadempimento, che si spingeranno fino alla distruzione del manufatto; nel secondo caso invece il diritto deve reagire di fronte ad un non fare del proprietario. In questi casi il sindaco procede tramite un'ordinanza (è classificata tra i provvedimenti amministrativi, cioè quegli atti aventi sempre solo l'oggetto specifico e un destinatario individuato e non generico. Essi possono avere carattere di urgenza e sono adottabile, nel caso in cui sia necessario provvedere in modo urgente ed improrogabile alla difesa del pubblico interesse. Ma essi possono essere determinati anche da considerazioni aliene dall'urgenza di provvedere ad un pubblico rischio, es per la tinteggiatura degli edifici).

Le differenze tra le due ipotesi non è da sottovalutare: nel primo caso si tratta di una forma di controllo istituzionale di tipo pubblicistico su externalità negative sostanziali prodotte dalla proprietà oggetto del provvedimento (es: rischio di crollo, di epidemie); nel secondo può trattarsi della valutazione del sindaco rispetto quella del proprietario → cioè dipende dalla discrezionalità amministrativa.

Un esempio di come si possa porre la concreta esecuzione di tali obblighi proprietari ci viene dall'attuazione dei piani di recupero, previsti dalla legge 5/8/1978 n 457.

Stiamo ipotizzando il caso del proprietario-investitore che potrebbe essere diffidato dare corso alle opere previste dal piano di recupero con inizio delle stesse entro un termine, non inferiore a 1 anno. Una volta decorso il termine previsto, i comuni possono provvedere direttamente l'esecuzione delle opere, anche mediante occupazione temporanea, con rivalsa delle spese sostenute nei confronti dei proprietari. Un ulteriore inadempimento di quest'ultimo si concluderebbe con una perdita del diritto, a seguito di procedimento di esecuzione forzata.

