

GIOVANNI PUGLIESE

# PROPERTY

DIRITTO COMPARATO

— XXVII —

COLLANA  
LA MEMORIA DEL DIRITTO



Roma TrE-Press  
2024



Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza

NELLA STESSA COLLANA

1. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (I). Problemi generali del diritto e del processo* (a cura di M. Cappelletti), 2019
2. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (II). Magistratura, Avvocatura, studio e insegnamento del diritto* (a cura di M. Cappelletti), 2019
3. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (III). Diritto e processo costituzionale* (a cura di M. Cappelletti), 2019
4. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (IV). Istituzioni di diritto processuale civile. In Appendice: Delle buone relazioni fra i giudici e gli avvocati nel nuovo processo civile (due dialoghi)* (a cura di M. Cappelletti), 2019
5. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (V). La chiamata in garanzia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove* (a cura di M. Cappelletti), 2019
6. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (VI). La Cassazione civile, Primo volume* (a cura di M. Cappelletti), 2019
7. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (VII). La Cassazione civile, Secondo volume* (a cura di M. Cappelletti), 2019
8. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (VIII). Altri studi sulla Cassazione civile, sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni* (a cura di M. Cappelletti), 2019
9. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (IX). Esecuzione forzata e procedimenti speciali. Diritto comparato e ordinamenti storici e stranieri* (a cura di M. Cappelletti), 2019
10. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (X). Problemi vari e ricordi di giuristi. Arringhe e discorsi di politica legislativa. In Appendice: Bibliografia degli scritti giuridici, politici e letterari di Piero Calamandrei (1906-1958)* (a cura di M. Cappelletti), 2019
11. L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani* (a cura di G. Pino), 2021
12. G. GORLA, *Il contratto. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico* (vol I) e *Il contratto. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico* (vol II) (Introduzione di M. Lupoi), 2023
13. S. CHIARLONI, *Introduzione allo studio del Diritto Processuale Civile* (Introduzione di A. Proto Pisani, Premessa di A. Carratta), 2023
14. G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano* (Presentazione di P. Chiassoni), 2023
15. A.E. CAMMARATA, *Scritti sul formalismo giuridico* (Raccolti e curati da F. Modugno e L. Pace), 2023
16. V. FROSINI, *Cibernetica, diritto e società* (Introduzione di G. Sartor), 2023
17. G. TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà. Lezioni introduttive, corso di diritto civile 1972-73* (Introduzioni di P. Chiassoni e M. Grondona), 2023
18. M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova* (Introduzione di A. Dondi, Premessa di A. Carratta), 2023

19. C. CARDIA, *Ateismo e libertà religiosa* (Presentazione di R. Benigni), 2023
20. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto* (Presentazione di G. Alpa), 2024
21. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale* (Introduzione di G. Insolera), 2024
22. G. AMATO, *Rapporti tra norme primarie e secondarie. Aspetti problematici* (Introduzione di G. Tarli Barbieri), 2024
23. L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (Introduzione di C. Luzzati), 2024
24. S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela* (Introduzione di B. Tonoletti), 2024
25. A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati* (Prefazione di G. Greco), 2024
26. M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato* (Prefazione di T.E. Frosini), 2024



Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza

**GIOVANNI PUGLIESE**

# **PROPERTY**

DIRITTO COMPARATO

Introduzione di  
**LETIZIA VACCA**  
**VINCENZO ZENO-ZENCOVICH**

**XXVII**

COLLANA  
**LA MEMORIA DEL DIRITTO**



*Roma TrE-Press*

2024

*Direttori della Collana La Memoria del Diritto*  
Luca Loschiavo, *Università di Teramo*  
Giorgio Pino, *Università Roma Tre*  
Vincenzo Zeno-Zencovich, *Università Roma Tre*

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

*Coordinamento editoriale:*  
Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**. [mosquitoroma.it](http://mosquitoroma.it)

Caratteri tipografici utilizzati:  
Brandon Grottesque, Cocogoose, Courier (copertina e frontespizio)  
Adobe Garamond Pro (testo)

*Impaginazione e cura editoriale:* Colitti-Roma      [colitti.it](http://colitti.it)

*Edizioni:* *Roma TrE-Press* ©  
Roma, dicembre 2024  
ISBN: 979-12-5977-427-9  
<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della  
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

## Collana “*La Memoria del Diritto*”

Il diritto e la cultura giuridica, come tutte le discipline e le arti, si nutrono del loro passato segnando continuità, evoluzioni, cesure. E questo è particolarmente vero per gli studi giuridici che, in Italia, godono dello straordinario privilegio di poggiare su una tradizione bimillenaria.

Questa posizione impone anche una responsabilità: quella di osservare con occhi attenti la realtà presente, ben consapevoli però che *nihil sub sole novi*.

La collana “*La Memoria del Diritto*” intende contribuire alla conservazione, viva, di questa tradizione mettendo a disposizione degli studiosi – ed in particolare di quelli più giovani – testi classici della cultura giuridica italiana del Novecento, non più disponibili in commercio e reperibili solo, con difficoltà, nelle biblioteche.

La *Collana* è stata aperta, significativamente, dalla ripubblicazione, in accesso libero, dei dieci volumi delle “*Opere Giuridiche*” di Piero Calamandrei che in poco tempo sono stati “scaricati” decine di migliaia di volte in tutto il mondo.

La *Collana* intende proseguire su questa strada, non limitandosi alla semplice ‘riedizione’, ma mettendo a disposizione in forma digitale, accessibile *gratuitamente, sempre e ovunque*, opere di rilievo che pensiamo continuino a costituire un fondamento per gli studi giuridici, orientandoli nella consapevolezza di quanto siamo debitori di chi ci ha preceduto.

Promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli studi Roma Tre nel quadro delle sue iniziative quale Dipartimento di Eccellenza la *Collana* intende essere un punto di riferimento per tutta l’accademia italiana, stimolando e raccogliendo le proposte che da quest’ultima perverranno, dando a questa iniziativa uno spirito ed una sostanza corali.

LUCA LOSCHIAVO

GIORGIO PINO

VINCENZO ZENO-ZENCOVICH





## Indice

<i>Introduzione di</i> LETIZIA VACCA e VINCENZO ZENO-ZENCOVICH	XI
--	----

AVVERTENZA	1
------------	---

### INTRODUZIONE

1. Il significato di “ <i>property</i> ”	3
2. <i>Property</i> privata, <i>property</i> pubblica, altre forme di <i>property</i>	8
3. La <i>property</i> privata e le questioni sociali e politiche che la riguardano	14
4. <i>Property</i> e potere effettivo	23

### CAPITOLO I L’OGGETTO

1. L’oggetto in generale	33
2. Le cose e la loro distinzione in mobili e immobili	37
3. Aggregati di cose	40
4. Beni organizzati per l’esercizio di un’impresa	43
5. I diritti patrimoniali come beni incorporali	50
6. I titoli di credito	55
7. Le creazioni intellettuali	58
8. Il patrimonio	61
9. Idoneità dei beni a essere oggetto di <i>property</i> privata o di <i>property</i> pubblica: <i>a</i> ) i sistemi civilistici, di <i>common law</i> e misti	68
10. ( <i>Segue</i> ) <i>b</i> ) I sistemi socialistici	77
11. ( <i>Segue</i> ) <i>c</i> ) Gli altri sistemi giuridici	80

### CAPITOLO II SPECIE E CONTENUTO DEI *PROPERTY INTERESTS*

1. Premessa concettuale e terminologica	89
2. L’ambito della <i>property</i>	95
3. Specie dei <i>property interests</i> e programma di esposizione	106
4. Il possesso	108
5. Regimi immobiliari imperniati sulla proprietà e regimi immobiliari che prescindono dalla proprietà	117

6. La proprietà immobiliare	126
7. I <i>property interests</i> a contenuto generale diversi dalla proprietà nei regimi immobiliari fondati sulla proprietà: <i>a)</i> Nei sistemi civilistici; <i>b)</i> Nei sistemi misti; <i>c)</i> Nei sistemi socialisti; <i>d)</i> Negli altri sistemi giuridici	139
8. I <i>property interests</i> a contenuto generale nei sistemi di <i>common law</i>	164
9. I <i>property interests</i> a contenuto generale in altri sistemi il cui regime immobiliare non è fondato sulla proprietà	183

## Introduzione

LETIZIA VACCA e VINCENZO ZENO-ZENCOVICH

L'opera che qui si pubblica riproduce le dispense utilizzate da Giovanni Pugliese nel Corso di Diritto privato comparato che tenne nella Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza.

Giovanni Pugliese (classe 1914) assunse la supplenza di diritto comparato con il pensionamento di Gino Gorla, insegnamento che tenne fra la fine degli anni '70 fino al 1984 anno della propria uscita dai ruoli.

Come indicato nella premessa delle dispense, esse erano destinate a formare la voce *Property* nella *International Encyclopaedia of Comparative Law*. Tuttavia, esse non vi trovarono accoglienza. Dagli scarni commenti di Giovanni Pugliese – persona di proverbiale riserbo – si può intuire che il lavoro non incontrò i favori del coordinatore della Sezione, Athanassios Yiannopoulos, professore presso la Tulane School of Law.

Dunque, a ben vedere, questa opera per la prima volta viene data alle stampe e diffusa fra una cerchia più vasta di quella dei non molti studenti frequentanti il suo corso di diritto comparato.

Peraltro, il lavoro – come avviene per tutti gli scritti “maturi” – per un verso poggia sulla vasta pubblicistica dell'Autore in materia di diritti reali (in particolare il suo volume su *Usufrutto, uso e abitazione*, pubblicato nel 1956 all'interno del *Trattato Vassalli*), dall'altro ha costituito la base per alcuni, più contenuti ma non meno densi, scritti di Pugliese apparsi negli anni successivi, ed in particolare la voce *Property nei sistemi di common law*, apparsa nel vol. XXVIII della *Enciclopedia giuridica Treccani* (e ripubblicata nel vol. IV dei suoi *Scritti giuridici scelti – Problemi di diritto vigente*, edito da Jovene nel 1986, pp. 493 ss.; e negli *Scritti giuridici (1985-1995)* curati da L. Vacca, editi sempre da Jovene nel 2007, pp. 316 ss.).

Le ragioni per le quali appare opportuna questa moderna edizione, ben oltre la sua oggettiva novità, sono molteplici.

- a) Da un lato la prospettiva dalla quale Pugliese analizza e presenta la “property” (le virgolette sono esplicative della dichiarata anfibia del termine) è particolarmente significativa. Pugliese è sì ordinario

di diritto romano, allievo di Gino Segré, ma seguendo la feconda (e gloriosa) tradizione dei romanisti, è impegnato a tutto campo nello studio del diritto civile. A ciò poi si aggiunge una particolare sensibilità verso la dimensione processuale (non a caso egli introduce il volume VIII delle *Opere Giuridiche* di Piero Calamandrei dedicato ai vizi della sentenza e alle impugnazioni). Elementi tutti che consentono una solidissima visione storica dell'istituto, anche nella sua dimensione *in action*, soprattutto con riferimento alla evoluzione giudiziale dell'istituto nel diritto inglese.

- b) Proprio la caratura storica di Pugliese gli consente di operare una proficua comparazione assumendo come parametro di confronto la bimillenaria esperienza romanistica evidenziando divergenze e convergenze dei modelli. D'altronde con un istituto così fondativo come le forme di appartenenza una ipotetica neutralità del punto di partenza finirebbe per essere sterile e, soprattutto per il "civilian", poco comprensibile.
- c) Un ulteriore pregio dell'opera è il suo estendersi ben oltre il pur fondamentale confronto con la *property* di matrice inglese, ad altri sistemi. E se l'ampia disamina – inevitabile in quel periodo storico – degli ordinamenti "socialisti", finisce largamente sepolta dai successivi avvenimenti geopolitici, ben maggiore durata, nel confronto pluriennale, è quello con il diritto islamico e le culture "primitive". Da questo sguardo d'insieme lo studioso trova tuttora importanti spunti che consentono una adeguata comprensione dei fenomeni attualissimi.

Qual è la importanza attuale del lavoro di Pugliese? Da un lato esso va necessariamente collocato in un contesto di evoluzione del pensiero comparatistico. Risulta infatti assai parziale uno studio che si basi solo sull'attualità senza considerare perché e come si è arrivati ad un certo punto. In questa prospettiva il lavoro di Pugliese va letto in continuità con altre ricerche egualmente fondative – per rimanere nella ricca produzione comparatistica italiana – come *Property, propriété, eigentum* di A. Gambaro, A. Candian, B. Pozzo (1992); *Basic Principles of Property Law* di U. Mattei (2000); *Il modello inglese di proprietà* di Luigi Moccia (in G. Alpa et al., *Diritto privato comparato*, IV ed., 2012).

A ciò si deve aggiungere la essenzialità della riflessione sulle forme di appartenenza giuridica in una epoca connotata da una sempre più accentuata immaterialità dei beni, dalla "creazione" di nuove entità cui difetta un sostrato fisico, dalla migrazione dei rapporti giuridici dalla

dimensione della proprietà a quella del contratto. Anche qui la riflessione di Pugliese sui confini offuscati fra taluni istituti ed esperienze giuridiche rimane vitale.

*Come indicato nell'Avvertenza dell'A., il testo qui riprodotto è incompleto soprattutto nell'apparato di note. Trattandosi di un testo ciclostilato esse avevano nell'originale una numerazione non sempre precisa ed erano inserite, non in calce, bensì in una dispensa separata. La natura ciclostilata dell'opera ha reso le correzioni ed integrazioni dell'A. particolarmente complesse. Dove possibile si è cercato di completare i dati mancanti ma non sempre ciò è stato possibile. Si confida che tali lacune editoriali non tolgano valore al lavoro che ora si mette a disposizione di un pubblico più vasto di quello degli studenti de La Sapienza.*



## AVVERTENZA

Queste pagine costituiscono una parte del Capitolo I (*General*) con cui dovrà aprirsi il volume VI (*Property and Trust*) dell'*International Encyclopedia of Comparative Law*.

Nel diffondere la presente versione ciclostilata, spero che esse possano riuscire utili alla preparazione degli studenti, sia come esempio di una trattazione comparatistica, sia anche come fonte di alcune notizie su uno dei temi centrali del diritto.

L'origine dello scritto spiega perché vi si parli di "*property*", di "*property interests*" e di "*property rights*", e non, salvo che in appositi paragrafi, di "proprietà e diritti reali", e inoltre perché talvolta accanto un termine italiano vi sia, tra parentesi, un termine inglese. Esso deve infatti adeguarsi alla tematica propria del volume indicato e dovrà inoltre essere tradotto in inglese; i termini inglesi tra parentesi mirano a facilitare la traduzione, indicando in quale senso tecnico è inteso il termine italiano corrispondente.

Il carattere provvisorio del testo spiega, d'altro lato, non tanto varie sue imperfezioni quanto particolarmente l'incompletezza dei dati bibliografici forniti dalle note. Mi auguro che queste due categorie di difetti, alla cui attenuazione tende la rielaborazione che ho attualmente in corso, non incidano sensibilmente sull'utilità del testo dal punto di vista didattico.





## Introduzione

SOMMARIO: 1. Il significato di “*property*” – 2. *Property* privata, *property* pubblica, altre forme di *property* – 3. La *property* privata e le questioni sociali e politiche che la riguardano – 4. *Property* e potere effettivo.

### 1. Il significato di “*property*”

È necessario chiarire preliminarmente il significato del termine “*property*”, da cui il presente volume deriva il suo titolo. Il chiarimento serve, come è ovvio, a meglio determinare l’oggetto del volume; e, d’altro canto, quel termine, nell’apparente evidenza del suo significato, è in realtà equivoco e può indurre in errore chi abbia ricevuto la sua educazione giuridica in un sistema diverso da quelli di *common law* o, almeno, in un sistema civilistico o socialistico.

“*Property*” sembra la traduzione inglese del latino “*proprietas*” o dei corrispondenti termini delle lingue neo-latine (“*propriété*”, “*proprietà*”, “*propriedad*”, ecc.) e ha effettivamente in comune con questi termini la radice, ma non ne ha il significato giuridico. Nel linguaggio giuridico “*propriété*”, “*proprietà*”, “*propriedad*” ecc., come la fedele versione tedesca “*Eigentum*”, indicano precisamente un diritto, e soltanto nel linguaggio comune o popolare indicano la cosa (di regola immobile) o l’insieme di cose su cui tale diritto esiste: il diritto, poi, che “*propriété*”, “*proprietà*”, “*propriedad*” ecc. o rispettivamente “*Eigentum*”, indicano e il più ampio che nei rispettivi sistemi un soggetto può avere su una cosa e precisamente è quello per il quale la cosa può dirsi “*propria*” del soggetto, ossia appartenente a lui con esclusione di qualsiasi altro. Nessuno di questi due elementi semantici si riscontra nell’inglese *property*. Il termine prima di tutto indica sia dati diritti, sia le cose che sono oggetto di tali diritti<sup>1</sup>,

---

<sup>1</sup> MONTGOMERY WHITE *Law relating to trusts and trustees*, Londa, 1959, p. 205 “The term “*property*” is used to denote either *rights* in the nature of ownership or the corporeal things, whether land or goods, which are the subjects of such *rights*”; cfr. nt. a dove spiega che tale duplice significato deriva dalla tendenza a confondere la cosa con l’aggregato di diritti che costituisce l’intero diritto di proprietà. Di solito invece gli autori definiscono “*property*” un diritto o un insieme di diritti: p. es. HARGREAVES *An introduction to the principles of*

e il secondo significato appartiene al linguaggio giuridico altrettanto che il primo; inoltre i diritti a cui esso si riferisce sono tutti quelli che comportano l'uso e il godimento di un bene, anche incorporale, sulla base di un rapporto diretto con esso, e non necessariamente quello specifico diritto grazie al quale la cosa può dirsi appartenente al soggetto in via esclusiva. Tale specifico diritto è chiamato in inglese in modo diverso, ossia "ownership" e, d'altra parte, viene riconosciuto e ammesso nei sistemi di *common law* in misura molto più ristretta che non in altri sistemi<sup>2</sup>.

Naturalmente, come appare anche dall'osservazione appena fatta, le differenze tra i vari sistemi non sono solo terminologiche, ma di sostanza; e questo volume non può non tenerne conto. Esse sono rilevanti nella stessa determinazione dell'oggetto del volume e non solo perché nei sistemi civilistici<sup>3</sup> e socialistici<sup>4</sup>, il *law of property* è imperniato sulla

---

*landlaw*, Londra 1952, p. 82; POWELL *Report property*, New York 1968, I, 7 Ma, nonostante l'impegno posto nell'adottare un linguaggio rigoroso, gli esperti di diritto, oltre che i profani (come concede HARGREAVES, *ibidem*), usano "property" nel senso di cosa o bene. Un esempio evidente, fra i tanti, è offerto da LAWSON, *Introduction to the law of property*, Oxford 1975, p. 173: "For property of various kinds it (registration) is much younger... Registration has been accepted wholeheartedly for ships, for bills of sale ... With land the story has been very different". In sostanza "property" è la parola polivalente, che indica sia la cosa in quanto oggetto di un diritto di uso e/o godimento più o meno pieno (con un senso analogo al francese "bien", italiano "bene") sia un diritto di tale tipo su di essa: cfr. COHEN, *Dialogue on Private Property*, 9 *Rutgers L. Rev.* 357 (1954) "That is property to which the following label can be attached: to the world: keep off unless you have my permission...".

<sup>2</sup> Per i *common lawyers* e per i comparatisti di tutto il mondo questo è un luogo comune. Cfr. LAWSON, *Introduction* 6 "English law, although it does on some occasion speak of ownership, does not draw any conclusion from it. Moreover, in the land law, no use whatever is made of the notion"; CRIBBET, *Principles of the law of property*, Brooklyn 1962, p. 16 "The interesting fact is that we could talk about the *law of property* and never mention ownership if it weren't for the significant lay meaning of the term". Sul tema e sulle differenze al riguardo tra materia immobiliare e mobiliare v. *infra*.

<sup>3</sup> Il CC francese intitola in modo significativo il libro secondo "*Des biens et des différentes modifications de la propriété*". Analoghe rubriche si leggono nel CC italiano del 1865 e nel CC spagnolo, mentre il CC italiano del 1942 intitola addirittura il libro III "*Della proprietà*". A sua volta il CC brasiliano del 1916 ha nel libro III (Dos direitos reais) la sez. II che tratta "*Dos direitos reais sobre las coisas próprias*", la III che tratta "*Dos direitos reais sobre las coisas alheias*". Anche nei codici in cui rubriche simili non ricorrono, come p. es. l'austriaco, il tedesco, lo svizzero, la proprietà (Eigentum) costituisce nondimeno l'ovvio diritto principale, di cui gli altri diritti sui beni costituiscono derivazioni e/o limitazioni. A prescindere, comunque, dall'impostazione dei codici e guardando all'insieme delle norme, dei principi, dell'interpretazione giudiziaria e di quella dottrinale, si nota senza possibilità di dubbio che la proprietà ha la suddetta posizione centrale dei sistemi civilistici.

<sup>4</sup> I sistemi socialistici, nonostante il loro caratteristico indirizzo politico-sociale, hanno

nozione di *ownership*, mentre nei sistemi di *common law* tale nozione finisce con l'essere marginale, ma anche perché la sua ampiezza è diversa nei diversi sistemi. In quelli di *common law* il *law of property*, specie grazie alla duplice figura della *real* e della *personal property*, finisce con l'abbracciare tutti i rapporti inerenti agli elementi del patrimonio o alla ricchezza dei singoli soggetti, anche se intrinsecamente non hanno natura reale; in quelli civilistici e socialistici, dove si fa ancora sentire l'influenza tecnica del diritto romano, si ha bensì una nozione di bene (asset) abbastanza ampia da comprendere tutti gli oggetti dei diritti inclusi nella *property* dei sistemi di *common law*<sup>5</sup> ma la fedeltà alla tradizionale distinzione tra diritti reali e diritti di obbligazione ostacola o rende almeno problematica l'inclusione nel *law of property* di taluni rapporti di intrinseca natura obbligatoria<sup>6</sup>. D'altro canto, nei sistemi di *common*

anch'essi (o almeno quelli dell'area euro-americana) una matrice civilistica. Così, non solo nella loro *law of property* la proprietà è l'istituto centrale, ma alla proprietà inoltre si riferisce la distinzione, attraverso cui principalmente si attua il loro indirizzo politico-sociale e che si riflette anche nelle loro costituzioni: proprietà socialista (o sociale), proprietà personale, proprietà privata.

<sup>5</sup> Alla radice dell'ampio concetto civilistico di "bien", "bene" (asset) c'è la categoria romana delle "res", distinte da Gaio (Inst. 2,12-14) e Giustiniano (Inst. 2, 2pr 3) in "res corporales" (le cose in quanto oggetto di proprietà) e "res incorporales" (i diritti economicamente rilevanti). Entrambe sono rispecchiate nella nozione francese di "biens" (CC Art. 516-543) e da analoghi sistemi civilistici di influenza francese. Ad esse, e particolarmente a "bona" si riallaccia anche la nozione, accolta in tutti i sistemi civilistici, di patrimonio (patrimoine, Vermögen), che indica appunto il complesso dei diritti o, se vi si comprendono anche gli elementi passivi, dei rapporti giuridici economicamente rilevanti facenti capo a un soggetto. "Bene" e "patrimonio" si riferiscono, come è evidente, anche ai diritti che non rientrano nel *law of property*, secondo i sistemi civilistici e socialistici e che vi rientrano invece secondo i sistemi della *common law*. Sulla nozione di "bene" e sui suoi rapporti con "cosa", non che su quella di "patrimonio" v. *infra*.

<sup>6</sup> I puri e semplici crediti specie pecuniari o, secondo la terminologia di *common law*, i "debts" non fanno parte come tali del *law of property* né nei sistemi civilistici né in quelli socialistici, pur essendo qualificabili come beni e come elementi del patrimonio di un soggetto. Essi invece, in quanto *choses in action*, rientrano nella *personal property* dei sistemi di *common law*. Si può sostenere che anche nei sistemi civilistici i crediti, per il fatto di spettare a un soggetto, possono considerarsi una sua proprietà; ma sono dubbie la fondatezza e l'utilità sistematica di questa tesi (*infra* par. 8). Ad ogni modo, l'indubbia correttezza di includere i crediti di denaro e altri diritti di natura obbligatoria nella *personal property* facilita nei sistemi di *common law* – "in contrast, nota LAWSON, *Introduction 3*, to other legal systems" – l'estensione del *law of property* alla successione ereditaria e ai rapporti patrimoniali tra coniugi. Infatti, sia il patrimonio ereditario, sia quello oggetto delle disposizioni legali o negoziali tra coniugi, comprendono diritti di natura obbligatoria. È da notare per altro che il CC austriaco nella I Sez. della II Parte (artt.309-858) sotto la rubrica "*Von den dinglichen Rechten*" disciplina anche la successione ereditaria per testamento e

*law* la maggior parte dei mezzi (remedies) che servono a tutelare i diritti inerenti alla *property* si fonda sull'illecito (tort) commesso dall'autore della violazione e rientra quindi, a rigore, nel *law of torts*<sup>7</sup>. Nei sistemi civilistici invece e in genere negli altri sistemi la maggior parte di tali mezzi si fonda sul diritto (di proprietà o comunque reale) spettante al soggetto attivo e così è da comprendere nel *law of property*. Questa dunque, sotto il profilo ora complicato viene ad avere un oggetto più ristretto nei sistemi di *common law* che non nei sistemi civilistici e in genere negli altri sistemi. Non è nostro compito attribuire o imporre un preciso oggetto a questo volume. In quanto studio di diritto comparato, esso non può avere infatti altro oggetto che quello a cui si riferisce il *law of property* nei vari sistemi giuridici presi in considerazione. E se tale oggetto differisce alquanto da un sistema all'altro, come si è ora accennato, non sembra tuttavia corretto sostituirvi un concetto unitario, che si ottenga scegliendo arbitrariamente quello proprio di un dato sistema giuridico, con relativa, e non meno arbitraria, emarginazione degli oggetti che il *law of property* risulta avere negli altri sistemi, oppure facendo una sintesi astratta, sia pure razionale, fra gli oggetti del *law of property* in tutti i vari sistemi.

Dobbiamo dunque ammettere che l'oggetto di questo volume, anziché essere rigorosamente preciso e rigido, abbia un margine di fluidità e di elasticità tale da potersi estendere o invece restringere a seconda dei sistemi, o degli aspetti di essi, che si prendono di volta in volta in considerazione. Uniche condizioni che devono verificarsi, perché sia possibile un approccio scientifico comune, essenziale per un'autentica comparazione, sono la consapevolezza di tali variabilità o elasticità dell'oggetto e soprattutto, al di là di questa, la sussistenza di un nucleo comune di temi e di problemi, che concordemente si riconoscano oggetto della *law of property*.

Ora, queste condizioni in realtà si verificano entrambe. La consapevolezza della fluidità ed elasticità dell'oggetto, dopo quanto si è appena osservato, può darsi senz'altro per scontata. Ed ugualmente sussiste il nucleo comune di temi e di problemi in cui si riconosce il centrale punto di riferimento

---

per legge (§§ 531-824). Il fenomeno, che ha altre minori manifestazioni nel CC francese e in quelli da esso derivati, è in fondo la conseguenza della sistematica romana gaiano-giustiniana, la cui seconda parte sotto la rubrica "res", esponeva insieme i diritti reali, le successioni, le obbligazioni. I codici più recenti e la dottrina civilistica separano però la *law of property* (proprietà e diritti reali) dalle successioni, come dai rapporti patrimoniali tra coniugi, pur riconoscendo che la successione ereditaria e le disposizioni regolanti i rapporti fra coniugi possono valere come cause d'acquisto della proprietà e dei diritti reali.

<sup>7</sup> CROSSLEY – VAINES *Personal property*, Londra 1962, p. 37; LAWSON, *The Rational Strength of English Law* (London 1952) 126.

della *law of property*. Si è infatti generalmente d'accordo che il problema chiave della *law of property* è quello di stabilire quali soggetti (siano essi individui, enti privati o pubblici, collettività e comunità di vario genere o infine lo Stato) abbiano la possibilità giuridica di usare, godere, disporre e in genere servirsi, in modo più o meno completo o più o meno ristretto, di ciascuno degli oggetti capaci di soddisfare i bisogni della vita, ossia dotati di valore economico (terra, risorse naturali, animali, prodotti del lavoro e dell'ingegno umano, insomma cose o beni). Coerentemente si ammette che i temi della *law of property* riguardano soprattutto la determinazione di ciò che i soggetti come sopra autorizzati (qualificabili come titolari di diritti sull'uno o l'altro bene) possono fare di esso o sui di esso e insieme, simmetricamente, la determinazione di ciò che tutti o alcuni o uno degli altri soggetti devono fare, tollerare o non fare. La mancanza di precisi confini, che in tutti i sistemi precisamente delimitino quegli oggetto e i relativi poteri e doveri, non compromettono per nulla l'esistenza di un solido nucleo comune della *law of property*.

C'è un'ultima questione terminologica (e naturalmente anche concettuale) che deve essere risolta. La *law of property* è bensì un complesso di norme, precetti, principi, ma è anche indissolubilmente costituito da un complesso di diritti, che derivano da quelli e fanno campo a singoli soggetti; dall'altro canto, "*property*" ha significato ambivalente, poiché indica i diritti e insieme l'oggetto di tali diritti. Occorre allora accordarsi su un'altra o altre espressioni, che in modo univoco indichino complessivamente questi diritti. Ora, se ci si riferisse soltanto ai sistemi civilistici o si dovesse almeno scrivere in una delle loro lingue (francese, spagnolo, tedesco, italiano, olandese ecc.) l'espressione più adatta apparirebbe quella civilistica tradizionale di "diritti reali"<sup>8</sup>; ma siccome invece l'orizzonte del volume è assai più ampio e la lingue in cui deve scrivere è l'inglese sembra preferibile l'espressione "*property (proprietary) interest*", che trova il suo modello nella American Restatement<sup>9</sup> ed è capace di indicare senza equivoci che si allude

<sup>8</sup> Talvolta l'espressione "diritti reali" indica solo i diritti diversi della proprietà in quanto contrapposti a questa. Ma per lo più, specie se nel contesto assume valore generale, essa designa insieme la proprietà e i diversi tipi di diritti reali su cosa non propria (cfr. CC austriaco, dove la I Abteilung della II Parte, sotto la rubrica "*Von den dinglichen Rechten*", disciplina prima il possesso e la proprietà, poi gli altri diritti reali; CC svizzero, dove la IV Parte, sotto la rubrica "*Das Sachenrecht*", comprende due Abteilungen, la prima relativa alla proprietà, la seconda ai diritti reali limitati.)

<sup>9</sup> *American Restatement of the Law of Property* (St. Paul, Minn., 1936), 32 ss. Spesso negli scritti di diritto inglese o americano "*interest*" non è preceduto dal termine "*property*" o "*proprietary*", poiché il riferimento alla *property* risulta implicito (per esempio del contrario v. LAWSON, *Introduction* 32 ss., 51 ss.). Invece di "*interest*" si trova usato "*right*" (in ispecie

ai diritti inerenti alla *property* in tutta la gamma riconosciuta dai sistemi.

## 2. Property *privata*, property *pubblica*, *altre forme di property*

“To the western mind the term property automatically translates as private property”<sup>10</sup>. È un’osservazione che si può in massima condividere, ma solo con opportune restrizioni. Così si deve subito rilevare che anche nel mondo occidentale (o, più largamente, nei sistemi non socialistici) varie forme di *property* pubblica sono ampiamente esistenti e che, nel passato e in particolare in certi periodi storici, considerevoli porzioni di beni specie di terre, appartenevano allo Stato o al sovrano e avevano quindi, pur attraverso una ricca scala di sfumature, carattere pubblico<sup>11</sup>. Occorre inoltre tenere conto della notevole ambiguità nonostante la apparenza, del termine “privato” e della necessità di precisarne il significato.

Al riguardo deve anzitutto osservarsi che il termine “privato” ha una sfera semantica più larga di “individuale”, poiché serve a qualificare non solo la *property* di individui, ma anche quella di gruppi, se questi perseguono esclusivamente il loro interesse e operano, almeno riguardo alla *property*, come un soggetto unitario (si pensi alle corporations degli Stati Uniti, alle società commerciali dei sistemi civilistici, ai vari tipi di associazioni), la seconda osservazione da fare è che, riferito a *property*, “privato” non si contrappone soltanto a “pubblico”, ma, comprende in sé il riferimento a un singolo soggetto unitario, sia pure costituito da un gruppo, si contrappone anche a “collettivo”.

“Pubblica” è la *property* dello Stato o di altro ente, che abbia come scopo la soddisfazione di interessi nell’intera comunità; “privata” è la *property* di individui e anche di gruppi (corporations, associazioni varie, ecc., considerati rispetto alla *property* come soggetti unitari), i quali operino nello specifico interesse dell’individuo o del gruppo.

“Collettiva” è invece la *property* di gruppi, i quali, tanto se perseguono interessi dell’intera comunità che quelli di singoli membri del gruppo o del gruppo nel suo insieme, non operano rispetto alla *property* come soggetti unitari (benché in ipotesi possano essere persone giuridiche), ma lasciano gestire, o almeno usare e godere, la *property* dagli individui o dai gruppi

---

nell’espressione “*property rights*”: v. p. es. ancora LAWSON, *Introduction*, 40; 99; CRIBBET, 5.

<sup>10</sup> CRIBBET, 5.

<sup>11</sup> Il tema sarà ripreso più avanti in questo stesso paragrafo.

interni minori di cui ciascun gruppo può essere composto. Titolare della *property* in sostanza è o appare almeno agli effetti dell'uso e del godimento la collettività, quale insieme non unificato di individui e di gruppi minori, piuttosto che il gruppo trattato alla stregua di soggetto unitario.

Le forme di *property* collettiva realmente esistite o esistenti nella storia, insieme con quelle immaginate dai teorici dell'economia e della società, passano attraverso un vasto arco di differenze e di sfumature. Si tratta spesso di forme abbastanza primitive o, comunque, di forme connesse a modi di produzione diversi da quelli praticati attualmente nei paesi economicamente più sviluppati<sup>12</sup>, ma alcune sono apparse fino al secolo scorso e anche in questo secolo appropriate alla migliore utilizzazione sociale di certi tipi di beni<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Esempari per la concretezza e immediatezza della testimonianza ad essi relativa sono i sistemi tradizionali africani, tuttora esistenti o di recente scomparsa, di cui dà notizia K. BENTSI-ENCHILL, *The traditional legal systems of Africa*, 147 ss.; cfr. anche T.O. ELIAS, *Nigerian Land Law* (ed. 4 London 1971) 72 ss., che, fra l'altro, cita il caso *Amodu Tijani v. Secretary-Southern Nigeria* (1921) 2 A.C. 389 con l'opinione espressa al riguardo dal Visconte Haldane; S.N. CHINWUBA, *The Ibo Law of Property* (London 1963) 43 ss. Ma la constatazione di forme di proprietà collettiva presso popoli a economia non industrializzata non è nuova e non è limitata all'Africa: basti ricordare, con riguardo a Paesi extraeuropei, H. SUMNER MAINE, *Village-communities in the East and West* (ed. London 1876) A. COLAJANNI, *Il diritto nelle società primitive* (Bologna 1973). La constatazione anzi si estende all'Europa e riguarda in primo luogo la sua storia, nella quale a parte le ipotesi su una proprietà collettiva delle gentes romane e di analoghi gruppi gentilizi (cfr. E. SERENI, *Comunità rurali nell'Italia antica* (Roma 1955) 276 ss. 428 ss., 492 ss.), spiccano i dati relativi a istituzioni medievali e moderne dei popoli germanici (p. es. G.L. VON MAURER, *Einleitung zur Geschichte der Mark-, Hof-, Dorf- und Stadtverfassung und der öffentlichen Gewalt* (München 1854); id., *Geschichte der Markenverfassung* (Erlangen 1856); S.K. BADER, *Dorfgenossenschaft und Dorfgemeinde* (Köln-Graz 1962) e dei popoli slavi (p. es. A. VON HAWTHAUSEN, *Studien über die inneren Zustände, das Volksleben und insbesondere die ländlichen Einrichtungen Russlands* (Hannover 1847-1853); E. DE LAVELEYE, *De la propriété et de ses formes primitives* (Paris 1874) 9 ss., 201 ss. La letteratura su questi temi in realtà è vastissima; di essa sia lecito ricordare soltanto i monumentali volumi di O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht* (rist. anast., Graz 1951). A loro volta, i dati a cui si è accennato si potrebbero facilmente moltiplicare, considerando i tipi di sfruttamento collettivi delle terre che esistevano o di cui fino al secolo scorso si avevano evidenti tracce o che tuttora esistono o lasciano tracce in quasi tutti i Paesi europei ed extraeuropei.

<sup>13</sup> Sono i pascoli, i boschi e, anche più ampiamente, i terreni agricoli. A tali specie di beni si riferiscono infatti gli esempi storici e le figure teoriche di *property* collettiva su cui si sono fondati i fautori ottocenteschi di soluzioni economico-sociali idonee secondo il loro giudizio, ad allentare le tensioni della società e nello stesso tempo a chiudere la strada al socialismo e al comunismo (così il già cit. DE LAVELEYE, *De la propriété*, préf. IV-V; X-XI; così un parlamentare italiano T. TITTONI, promotore e relatore della L. 4 agosto 1894 n. 397 "portante l'ordinamento dei domini collettivi nelle provincie dell'ex Stato pontificio"). Ma



Nella varietà delle forme e delle valutazioni che se ne possono fare l'elemento caratteristico comune rimane quello della "diffusione" delle facoltà di uso e di godimento (o addirittura del complessivo potere di gestione) fra i membri (individui e/o gruppi minori) della collettività<sup>14</sup>.

Alla precisazione del significato di "privato" e anche di "pubblico", come qualifiche di "*property*", conducono analogamente alcune riflessioni sulla disciplina della *property* nei sistemi socialistici<sup>15</sup>. In questi sistemi "privato", riferito a *property*, non soltanto implica una valutazione negativa, ma ha inoltre accezioni molto ristrette, poiché indica *property interests* su quei pochi mezzi di produzione che eccezionalmente e per lo più in via transitoria sono stati lasciati in mani private<sup>16</sup>. Altri beni che invece istituzionalmente appartengono a privati, in quanto, non servendo alla produzione, non permettono lo sfruttamento dell'uomo sull'uomo, non costituiscono *property* "privata", bensì "personale".

Il regime normale, infine, dei mezzi di produzione è quello della *property* "socialista"<sup>17</sup>. Ora per lo più questa *property* ha natura pubblica, in quanto fa capo allo Stato o ad altri enti da qualificarsi pubblici. Ma in alcuni Paesi socialisti, come la Repubblica Democratica Tedesca e la Jugoslavia, titolare della *property* socialista non è ritenuto lo Stato, bensì il popolo o la società. E, mentre questa concezione rimane più che altro formale nella RDT, poiché ivi lo Stato ha in definitiva la gestione della

---

beninteso quegli esempi storici e quelle figure teoriche non erano trascurati dal socialismo scientifico: cfr. F. ENGELS, *Die Mark* (1882); ID. *Zur Urgeschichte der Deutschen* (1881), ID. *Die Ursprung der Familie, des privaten Eigentumes und des Staates* (1884), in MARX-ENGELS, *Werke* (Berlin 1962) B. 19, 317, ss., 425 ss. Tutto il tema è stato di recente analizzato in modo molto approfondito da P. GROSSI, *Un altro modo di possedere* (Milano 1977).

<sup>14</sup> Chiarissima in questo senso la descrizione della proprietà di CHIUWABU, op. cit. 46 ss.

<sup>15</sup> Qui, invece che di *property* genericamente, converrebbe parlare precisamente di proprietà (ownership), poiché i sistemi socialistici fanno operare le norme ispiratrici del loro assetto economico-sociale direttamente sulla proprietà. E infatti nel seguito del testo si farà riferimento alla proprietà in senso stretto. Tuttavia, le distinzioni da essi stabilite nell'ambito della proprietà varrebbero ugualmente per i *property interests*, che, come gli estates dei sistemi di *common law*, conferiscono al titolare un'ampia disponibilità dei beni. Tali distinzioni anzi si riflettono in linea di massima sui diritti reali minori poiché si fondano sulla natura dei beni; così su mezzi di produzione non si ammette che i privati abbiano nemmeno i diritti più ristretti della proprietà (salvo, come vedremo, rispetto a certe aree il diritto di costruirvi e di mantenervi sopra la costruzione).

<sup>16</sup> Le dimensioni di questa residua *property* privata variano da sistema a sistema. Gli oggetti sono la terra (solo in Polonia però la superficie consentita è considerevole), i negozi e le imprese artigiane (gli uni e le altre spesso solo se a conduzione familiare). Sul tema *infra*.

<sup>17</sup> In Jugoslavia si parla invece di "proprietà sociale": cfr. CHLOROS, *Yugoslav Law* (Oxford 1970) 162 ss.; KNAPP, *Socialist Countries, infra* 2-72.

proprietà socialista e rappresenta e personifica in tale ambito il popolo<sup>18</sup>, in Jugoslavia invece essa ha portata sostanziale, poiché allo Stato non viene affidato al riguardo alcun potere di gestione, risultando la proprietà “sociale” (come ivi si dice) connessa direttamente ed esclusivamente con le imprese economiche o, trattandosi di terre, con le cooperative agricole<sup>19</sup>. E poiché imprese e cooperative, grazie ai principi dell'autogestione e nonostante l'obbedienza che devono alle direttive economiche del piano, godono di grande autonomia, sembra esatta nella sostanza (oltre che nella forma) la tesi che la proprietà sociale appartenga alla collettività, e non allo Stato o a specifici enti pubblici, e sia quindi collettiva, ma non precisamente pubblica. Si ritrova quindi qualche punto di contatto, anche se in un contesto sociale e politico del tutto diverso, con i tipi di *property* collettiva indicati poc'anzi. In ogni caso, si constata che le forme storiche di *property*, sia antiche e medievali, sia anche contemporanee, non possono tutte racchiudersi nell'antitesi, pur fondamentale, tra *property* privata e *property* pubblica.

Fatto questo necessario chiarimento, ci si può soffermare un istante sulla *property* pubblica.

Che cosa sia da intendere per *property* pubblica si può facilmente stabilire se si adotta un criterio meramente soggettivo. In base ad esso si può dire che è *property* pubblica quella che fa capo allo Stato oppure a enti, interni o esterni allo Stato<sup>20</sup>, i quali, per gli interessi che rappresentano e gli scopi che perseguono, siano nei singoli sistemi da qualificare pubblici. Ma, guardata più da vicino, la *property* pubblica appare divisa in numerose specie, frutto della storia o dell'esperienza giuridica attuale e dipendenti in

<sup>18</sup> Cost. della RDT, art. 12(2); CC della RDT § 18 (2). È da notare che nella RDT la proprietà socialista, oltre che al popolo, può spettare a cooperative, sindacati e altre organizzazioni sociali.

<sup>19</sup> Cost. Feder. Jugoslava art. 15. Beninteso, nemmeno le imprese né le cooperative hanno la proprietà dei beni che utilizzano. È da prendersi quindi molto sul serio la dichiarazione dei Principi fondamentali III, par. 4: “... nessuno ha il diritto di proprietà sui mezzi di produzione appartenenti alla società”.

<sup>20</sup> Enti pubblici esistenti all'interno dello Stato e possibili titolari di *property* pubblica sono, per fare l'esempio più facile, gli enti territoriali come gli Stati o le Repubbliche comprese in una Federazione (Stati Uniti, Unione Sovietica, Jugoslavia, Brasile ecc.), i Cantoni svizzeri e i Länder della RFT, le Regioni italiane, le Contee inglesi o statunitensi, i comuni e le municipalità un po' dappertutto nel mondo. Esistono per altro anche enti pubblici esterni allo Stato e che possono in dati casi essere titolari di *property* pubblica: basti pensare, per riferirci sempre all'esempio più facile, agli organi internazionali e sovranazionali come l'Onu, le Comunità Europee e le loro filiazioni, nonché alla Chiesa cattolica e ad altre organizzazioni religiose.

massima dalla natura del bene in questione e dallo scopo per cui questo è messo in collegamento con lo Stato o un ente pubblico. Di tali specie è qui ovviamente da escludere qualsiasi analisi: ma si possono nondimeno segnalare quelle più rilevanti.

Una prima specie è difficilmente distinguibile dalla *property* privata se non per il soggetto a cui fa capo<sup>21</sup>. A causa di questo soggetto la relativa disciplina può in certi sistemi contenere elementi pubblicistici, specie riguardo ai modi in cui la *property* si acquista e si perde o a quelli in cui la si tutela; e sono, comunque, possibili varie sfumature. Ma in sostanza un'assimilabilità di fondo di questa *property* alla *property* privata è da considerarsi sicura.

Una seconda specie è quella della *property* relativa a beni che servono al perseguimento di alcuni scopi essenziali dello Stato e dell'ente pubblico (p.es. la difesa militare) o che sono destinati all'uso generali di tutti (p. es. strade, corsi d'acqua). In un tipo di sistemi questa *property* è considerata intrinsecamente diversa da quella privata; in sistemi di un altro tipo è inclusa invece nella stessa categoria. Comunque, vale in massima la regola che questi beni, finché conservano quella destinazione, non possono appartenere a soggetti privati<sup>22</sup>. E nei sistemi del primo tipo le norme che regolano l'uso e il godimento del bene, gli atti con cui se ne dispone, i mezzi di tutela dei relativi diritti si distinguono da quelle relative alla *property* privata<sup>23</sup>.

C'è inoltre una terza specie di *property* pubblica. Questa è costituita da beni, che sono bensì destinati ad attività economiche come molti di quelli privati, ma vengono attribuiti allo Stato o a enti pubblici perché possano così soddisfare certe esigenze sociali, altrimenti destinate al sacrificio<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Essa riguarda beni, che per lo Stato o l'altro ente hanno soltanto rilevanza economica o patrimoniale, non cioè rilevanza sociale o politica. Naturalmente tutto dipende dalla valutazione fatta dal singolo sistema giuridico, la quale varia da epoca a epoca e da sistema a sistema. Sull'argomento *infra*.

<sup>22</sup> *Infra*

<sup>23</sup> Nei sistemi civilistici di tipo francese si parla al riguardo di beni e diritti "demaniali". Ma anche in altri sistemi si hanno beni e diritti che, per motivi dello stesso genere, vengono nettamente distinti da quelli privati.

<sup>24</sup> Essi nei sistemi socialisti sono principalmente quelli di evitare lo sfruttamento dell'uomo sull'uomo e, ulteriormente, di promuovere lo sviluppo materiale e culturale del popolo. Un buon esempio di formulazione legislativa al riguardo si ha nel CC della RDT part. 17 (1): "Das sozialistische Eigentum... sichert die weitere Erhöhung des materiellen und kulturellen Lebensniveau des Volkes auf der Grundlage eines hohen Entwicklungstempers der sozialistischen Produktion..." Nei sistemi non socialisti che ugualmente conoscono la proprietà pubblica di taluni mezzi di produzione il fine sociale è quello di evitare l'eccessiva concentrazione

Ci si riferisce, come è chiaro alla *property* socialista o sociale dei mezzi di produzione, caratteristica dei sistemi socialisti, nonché alla *property* nazionalizzata o socializzata prevista da sistemi non socialisti riguardo a dati beni produttivi o a date imprese. In entrambi i casi il contenuto dei relativi *property interests* è congegnato in modo da contemplare il perseguimento di quei fini sociali, che sono in sostanza fini pubblici, con l'economicità e l'efficienza della gestione<sup>25</sup> che sono proprie in massima di quella relativa ai beni privati.

Finalmente occorre osservare che talvolta i *property interests* pubblici hanno un'esistenza quasi soltanto formale. Il fenomeno riguarda essenzialmente la proprietà (*ownership*) della terra e si è verificato soprattutto nel passato.

Le terre appartenenti allo Stato o al sovrano (re, principe, imperatore), le quali in certi tempi e in certi luoghi hanno rappresentato una considerevolissima percentuale di tutte le terre occupabili dall'uomo, erano spesso concesse in uso e in godimento a privati. E queste concessioni di varia natura giuridica e varia durata, divennero in alcuni casi non solo illimitati nel tempo ma irrevocabili, in modo da privare di pratico contenuto la proprietà dello Stato o del sovrano. Questo fenomeno, che fra i molti precedenti antichi ha quelli romani dell'*ager publicus* in età repubblicana e dei fondi imperiali durante il dominio, si è manifestato in modo particolarmente rilevante per gli sviluppi moderni nell'Inghilterra medievale in concessione col feudalesimo.

Il re era Signore di tutte le terre, ma attraverso diversi tipi di concessione soleva lasciare l'uso e il godimento di gran parte di essa ai suoi vassalli; divenute col tempo tali concessioni sempre più lunghe e sempre meno revocabili<sup>26</sup>, quelli tra i concessionari che ad un certo momento non furono più soggetti a limiti di tempo né a revoca risultarono sostanzialmente proprietari, mentre la proprietà della Corona, mai soppressa e teoricamente esistente tuttora, finì con l'essere, come è, puramente formale<sup>27</sup>.

---

del potere economico in mani private e di surrogare in certi settori produttivi la iniziativa privata che risulti carente o insufficiente.

<sup>25</sup> Cfr. p. es. il regolamento sull'impresa produttiva nello Stato socialista (Consiglio dei Ministri dell'URSS 4 ottobre 1965), sul quale v. *infra*. Norme e direttive analoghe esistono negli Stati non socialisti riguardo alle imprese che gestiscono i mezzi di produzione in tutto o in parte di proprietà pubblica. Non si può tacere però che in entrambi i gruppi di Stati una cosa sono le norme e le direttive, un'altra la loro effettiva osservanza.

<sup>26</sup> V. *infra*.

<sup>27</sup> Negli Stati Uniti, come in altri sistemi giuridici che si sono staccati dalla monarchia britannica divenendo repubbliche, la proprietà formale della terra (o "*ultimate ownership*")

Qualcosa di simile dal punto di vista strettamente giuridico, anche se le componenti storiche, politiche ed economiche sono affatto diverse, può riscontrarsi in quei sistemi socialisti in cui la terra appartiene in tutto o in forte percentuale allo Stato. Questo, infatti, mentre provvede alla coltivazione e allo sfruttamento di parte di tali terre con proprie fattorie, assegna altre in concessione perpetua a cooperative di contadini, venendo ad avere in pratica su di esse una proprietà quasi soltanto formale<sup>28</sup>.

### 3. *La property privata e le questioni sociali e politiche che la riguardano*

Il tema della *property*, come si è appena visto, ha dimensioni più ampie della mera *property* privata e non si esaurisce nemmeno nella contrapposizione tra *property* privata e *property* pubblica. Ma rimane vero che in molti periodi storici la *property* privata è stata la figura, se non unica, paradigmatica e che le teorie filosofiche, politiche, economiche proposte e discusse nell'età moderna intorno alla *property*<sup>29</sup> si sono essenzialmente riferite a quella privata. La *property* privata, anzi, è stata spesso, e in parecchi sistemi giuridici, la posta in gioco o il simbolo di quanto si voleva o si ripudiava, non solo nella quotidiana lotta politica, ma più particolarmente e drasticamente nelle rivoluzioni e nelle guerre civili degli ultimi due o tre secoli.

Alla fine del XVIII secolo nell'America del Nord e sul continente europeo la *property* privata, che ormai non sottostava più ai vincoli del regime feudale, venne inclusa senza discussione tra i diritti fondamentali dell'uomo e del cittadino<sup>30</sup>. In verità era stata già ritenuta dai giusnaturalisti

---

*in land*"), fa capo ai singoli Stati (cfr. R.R. POWELL, I, § 158, che tuttavia riferisce come la legislazione di alcuni Stati sia giunta a riconoscere ai privati la proprietà "allodiale", ossia assoluta).

<sup>28</sup> Il controllo che nondimeno viene esercitato sulle cooperative si fonda sul potere politico del governo, anziché sulla proprietà statale della terra, e ha fra i suoi strumenti le stazioni di macchine agricole direttamente dipendenti dallo Stato e dai suoi organi centrali e locali.

<sup>29</sup> L'oggetto precipuo di queste teorie è stata ed è la proprietà in senso stretto, ossia la totale appartenenza di dati beni a un soggetto. Esse tuttavia si sono applicate anche a quegli *interests* che, dal punto di vista pratico, equivalgono alla proprietà, come i *real estates* di *common law*. E si può sostenere che la loro incidenza si estende anche a taluni fra i *property interests* minori. Di conseguenza nel seguito del paragrafo si continuerà a parlare di *property*, anche se occorrerà tenere presente che gli autori menzionati spesso si riferiscono specificamente alla proprietà (*ownership*)

<sup>30</sup> Nei primi 10 *Amendments* (*Bill of Rights*) della Costituzione degli Stati Uniti (1791)

un diritto innato e messa in relazione con la personalità umana<sup>31</sup>, mentre si era pure visto in essa un sostegno e un completamento delle libertà civili e politiche<sup>32</sup>.

modellati in parte sui Bills of Rights delle Costituzioni dei singoli Stati successivi alla Dichiarazione d'Indipendenza del 1776, il V stabilisce che nessuno “*shall ... be deprived of... property without due process of law; nor shall private property be taken for public use without due compensation*”. Più esplicitamente la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, votata dall'Assemblea costituente francese il 20 agosto 1789, comprende la proprietà fra i diritti naturali e imprescrittibili (art. 2 “*Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont : la liberté, la propriété...*”; art. 17 “*La propriété est un droit inviolable et sacré...*”).

L'influenza di queste dichiarazioni è stata grandissima e si è fatta sentire ancora dopo la II Guerra Mondiale nelle Dichiarazioni delle Nazioni Unite e del Consiglio d'Europa, sulla quale v. *infra* in questo paragrafo.

<sup>31</sup> J. LOCKE, *The second treatise of civil government* (a cura di W. GOUGH, Oxford 1946, ed. originale anonima, London 1690), V, 27 (p. 15) afferma che la *property* era in origine comune a tutti gli uomini, ma che “*every man has a property in his own person*”; e che quindi “*whatsoever he removes out of the state that nature hath provided... he hath mixed his labour with, and joined to it something that is his own, and thereby makes it his property*”. La *property* privata ha quindi la sua fonte nel lavoro e trova inoltre un limite quantitativo (V, 31, p. 17) nelle possibilità di uso di ciascun uomo; ma poiché i beni deperibili che non gli servono possono essere da lui scambiati con beni durevoli come oro e argento, capaci di procurare successivamente altri beni (in ciò consistendo l'invenzione della moneta: V, 46-47, p. 25), “*it is plain that the consent of men have agreed to a disproportionate and unequal possession of the earth*” (V, 50, p. 26). Diversamente J. ROUSSEAU, *Du Contract social* (a cura di E. DREYFUS Brisac, Paris, 1896, ed. originale 1762), in specie I, 4; I, 6; I, 9, secondo cui la proprietà privata non è uno dei due principi fondamentali del diritto naturale, quello dell'uguaglianza, ma può essere legittima, se si accorda col contratto sociale. E il contratto sociale, secondo l'interpretazione, forse troppo attualizzata, di R. MONDOLFO, *Il contratto sociale e la tendenza comunista in J.J. Rousseau*, in *Riv. di filosofia e scienze affini* 716 ss. (1907), ammetterebbe bensì la proprietà privata del prodotto del proprio lavoro, ma con quella dei mezzi di produzione. Su tutto il tema della giustificazione e della critica della *property* privata cfr. *Rational Basis of Legal Institutions* (a cura dell'Assoc. of Americ. Law Schools, New York, 1923), 165 ss.

<sup>32</sup> L'accostamento dei due termini di libertà e proprietà, caratteristico della “glorious revolution” inglese del 1688 costituisce un tema ricorrente presso i giuristi del XIX sec. (cfr. per. es. M. RENOARD), *Du droit industriel dans ses rapports avec les principes du droit civil*, Paris 1860, 267 ; in senso contrario E.L.V. DE LAVELEYE, *De la propriété et de ses formes primitives* (Paris 1874. Sotto il profilo politico sono degne di nota le dichiarazioni del deputato Monnier all'Assemblea Costituente il 4 settembre 1789 (la proprietà “completa la qualità di cittadino”) e del deputato Prouveur all'Assemblea Legislativa (“La parola proprietà, anzi, dico di più, l'idea attaccata a questa parola è la volta di questo grande edificio che riunisce 24 milioni di uomini in nazione; scuotete questa volta e l'edificio rovinerà”). Ancora un altro profilo è quello da cui si pone G.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, in *Werke*, VII (Berlin 1840) § 41, secondo cui “solo nella proprietà la persona è ragione”, poiché “la razionalità (das Vernünftige) della proprietà non sta nella

Intanto era cominciata in Inghilterra la così detta rivoluzione industriale, che si estese poi man mano al continente europeo e agli Stati Uniti; ed essa si era valsa e continuò a valersi, nel suo processo di espansione, della *property* privata in quanto strumento della libera iniziativa economica<sup>33</sup>, che era allora alla base dell'industrializzazione. Così la *property*, che per un lato era considerata naturale emanazione della personalità umana e fondamento e coronamento delle libertà civili e politiche, risultò per un lato strettamente associata al capitalismo sviluppatosi attraverso l'industrializzazione. L'inevitabile contraccolpo fu che la *property* privata divenne il principale bersaglio delle teorie socialiste, e dei movimenti politici che ne derivarono, nella lotta da essi condotta contro il capitalismo.

Le teorie socialiste, nella loro incarnazione moderna che è tuttora operante<sup>34</sup>, cominciarono a delinarsi durante la Rivoluzione francese del 1789 e si svilupparono nei primi decenni del XIX secolo soprattutto in Francia e in Inghilterra<sup>35</sup>. Ma la loro formulazione nel contempo più rigorosa, per l'impegno scientifico dei suoi autori, e più rilevante, per i

---

soddisfazione dei bisogni, ma nel fatto che toglie alla persona la mera soggettività”.

<sup>33</sup> Si dà qui per scontato che l'imprenditore privato, protagonista della libera iniziativa economica, abbia un *property interest* sui mezzi di produzione (denaro, macchine, materie prime, merci, ecc.). Lo stesso è ammesso come un dato ovvio dalle teorie socialiste, talchè la lotta da esse propugnata contro il capitalismo prevede come tappa essenziale il trasferimento dei mezzi di produzione dalla *property* privata a quella pubblica o collettiva. K. MARX, *Das Kapital* (1867), I (ed. J.H.W. DIETZ, Berlin 1947), in specie 754 ss., 789ss., precisa al riguardo che la separazione tra lavoratori e proprietà dei mezzi di produzione (costituiti inizialmente dalla terra) è insieme presupposto e risultato del rapporto di produzione capitalistico (in questo secondo senso già lo stesso K. MARX, “*Okonomisch-philosophische Manuskripte*” (1844), in K. MARX-F. ENGELS *Gesamtausgabe* (Berlin 1932), I, 3, 81 ss.). Tuttavia è da notare che parecchi studiosi degli ultimi decenni, come si accennerà nel prossimo paragrafo, negano la rilevanza (e talvolta persino l'esistenza) di un *property interest* dell'imprenditore privato, costituito da una corporation o da una società anonima o per azioni, sui beni organizzati per l'esercizio dell'attività economica.

<sup>34</sup> Vi sono state infatti teorie socialiste anche nell'antichità: cfr. G. PERTICONE, *Storia del socialismo* (Firenze 1946) 5 ss., 14 ss., 20 ss.

<sup>35</sup> Basti ricordare i nomi di Babeuf, Fourier, Saint Simon, P. J. Proudhon, nonché, fra gli inglesi, quello di Owen e dei Cartisti. Alcuni di questi socialisti furono poi qualificati da K. MARX e F. F. ENGELS, *Manifest der Kommunistischen Partei* (1848), in MARX-ENGELS *Gesamtausgabe*, I, 6, 552 ss., socialisti utopisti (come Saint Simon, Fourier, Owen) o anche socialisti conservatori o borghesi (come il Proudhon della “*Philosophie de la misère*”). Eppure P.J. PROUDHON, *Qu'est-ce que la propriété* (1840), in *Recherches sur le principe du droit et du gouvernement (nouv. édit., Paris, 1848)*, XV, era stato l'inventore della celere massima: «*La propriété c'est le vol*» (su quest'opera v. comunque K. MARX-F. ENGELS, *Die heilige Familie* (1845), in MARX-ENGELS *Gesamtausgabe*, I, 3, 193 ss.).

risultati che produsse, fu quella di Marx e Engels<sup>36</sup>. I risultati, a prescindere dall'effimero bagliore della *Commune* di Parigi nel 1871 (solo in parte riconducibile al marxismo), furono dapprima la fondazione della Prima Internazionale nel 1864 (seguita nel 1889 dalla Seconda) e particolarmente la costituzione di partiti socialdemocratici in molti Paesi d'Europa, più tardi, nel secolo XX, la rivoluzione russa dell'ottobre 1917 con la formazione dell'Unione Sovietica e, dopo un intervallo di trent'anni (dalla fine della II Guerra Mondiale in poi) la nascita di nuovi Stati sia in Europa, sia in territori extraeuropei, nei quali il fenomeno fu in rapporto diretto o indiretto, col processo di "decolonizzazione". In seguito a questi ultimi avvenimenti la contrapposizione, che era sorta all'interno dei singoli Stati, tra movimenti politici favorevoli e movimenti politici aversi alla *property* privata si riprodusse su scala mondiale in una contrapposizione esterna fra sistemi giuridici che ammettono e proteggono la *property* privata e sistemi giuridici che la escludono.

Beninteso la contrapposizione non è così netta come appare da questo quadro semplificato. Infatti, l'esclusione della proprietà privata nei sistemi socialistici, allo stadio attuale del loro sviluppo storico, non è totale, poiché come si è visto, riguarda soltanto i mezzi di produzione<sup>37</sup> e ammette, anche in questo campo, non irrilevanti eccezioni.

E, per converso, non è nemmeno totale la conservazione della *property* privata nei sistemi non socialistici, poiché questa risulta sottoposta a limiti piuttosto incisivi e talvolta è addirittura esclusa.

A quest'ultimo riguardo deve osservarsi che, già anteriormente al sorgere di una dottrina e di una politica socialistiche, la *property* privata

<sup>36</sup> Praticamente tutta l'opera di Marx ed Engels è una condanna della proprietà privata in relazione con quella del capitalismo, causa, a sua volta, dello sfruttamento e del progressivo impoverimento del lavoratore, ridotto a pura merce. V. comunque, in particolare, K. MARX, *Ökonomisch-philosophische Manuskripte*, in *Marx-Engels Gesamtausgabe*, I, 3, 81 ss.; 107 ss.; *Id.*, *Das Kapital*, I, in specie 592 ss., 643 ss. Un notissimo punto essenziale della dottrina marxiana è che la proprietà privata è diversa a seconda dei modi di produzione e che p. es. la proprietà schiavistica dell'antichità, quella feudale del medioevo e quella borghese-capitalistica costituiscono tre distinti tipi (più ancora che gradi) di proprietà (questa impostazione è già in germe in K. MARX, *Briefe an Pawel Wassiljowitsch Anneko* (1846), pubblicata nell'originale francese a Pietroburgo nel 1912, ora in MARX-ENGELS, *Werke* 27 (Berlin 1963), 451 ss.

<sup>37</sup> La proprietà dei beni che servono alla produzione (comprese una casa di abitazione e una casa di campagna) non è "privata" in senso stretto (secondo la terminologia dei sistemi socialisti, che riserva tale aggettivo alla proprietà dei mezzi di produzione rimasti per eccezione o provvisoriamente in mani private), bensì "personale". Essa appartiene pur sempre a singoli soggetti.



era soggetta a numerosi limiti e si trovava inoltre esposta a provvedimenti di espropriazione per pubblico interesse, oltre che a confische di natura penale. Ma l'incidenza del socialismo sui sistemi, che erano allora e rimasero successivamente (anche dopo l'istaurazione in altri Paesi di sistemi socialistici) sostanzialmente ispirati all'assetto sociale capitalistico (o, per usare un'espressione più neutra, all'economia di mercato), è stata nondimeno vasta e profonda. In parte vi fu l'opera svolta direttamente all'interno di tali sistemi dai partiti socialisti, i quali, pur conservando il loro programma di fondo in materia economico-sociale, si adattarono all'ordine costituzionale vigente e divennero anche partiti di governo<sup>38</sup>. In parte vi fu l'influenza che il socialismo esercitò sulle altre dottrine politiche ed economiche e sui partiti ad essa ispirati, i quali, o per reale adesione a talune istanze socialistiche o allo scopo di meglio difendere l'essenza della *property* privata e dell'assetto capitalistico ad essa connesso, contribuirono a restringere i poteri del proprietario<sup>39</sup>. Per entrambe le vie vennero così introdotti nuovi limiti, ispirati non più soltanto all'interesse pubblico genericamente inteso, ma anche a esigenze specificamente sociali<sup>40</sup>.

Una conseguenza importante fu il delinearsi di una nuova concezione della *property* privata, non tanto sul piano meramente ideologico, quanto

<sup>38</sup> È noto che nei partiti socialdemocratici tedesco, russo, austriaco e di altri Paesi un'aspra lotta ideologica diva a lungo coloro che ritenevano possibile e opportuno instaurare il socialismo per vie legali attraverso i Parlamenti e coloro che ammettevano soltanto la rivoluzione violenta. Ora i primi, a cui si aggiunsero poi i partiti socialisti francese e spagnolo, influirono già prima della I Guerra Mondiale, i governi social-democratici in Germania e in Austria e i governi di fronte popolare in Francia e in Spagna. Dopo la II Guerra Mondiale il fenomeno si riprodusse in Francia, Germania, Austria e si estese al Belgio, ai Paesi Bassi e all'Italia. Una menzione a parte meritano la Gran Bretagna e la Svizzera, perché ivi le correnti rivoluzionarie sia entro un partito di indirizzo socialista sia in un proprio partito (p. es. un partito comunista) non raggiunsero mai un'apprezzabile consistenza, e i parlamentari laburisti inglesi e quelli socialdemocratici svedesi, prendendo anche per molti anni le redini del governo, si limitarono a introdurre o a proporre riforme, senza la prospettiva di instaurare una integrale società socialista nemmeno per vie legali.

<sup>39</sup> Di quest'ultimo indirizzo costituisce cospicuo esempio la legislazione sociale introdotta da Bismarck in Germania dopo il 1871, e parzialmente imitata poi in altri Paesi europei. Dell'altro indirizzo si può addurre l'esempio dell'enciclica *Rerum Novarum* del Papa Leone XIII e quello della conseguente politica sociale cattolica. In un certo senso altri esempi possono vedersi nel "giusticialismo" di Peron in Argentina e in taluni aspetti del fascismo e del nazionalsocialismo.

<sup>40</sup> Al problema dei "limiti" si mostrò molto sensibile la dottrina giuridica italiana dopo gli anni '80: cfr. E. CIMBALI, *La proprietà e i suoi limiti nella legislazione civile italiana*, 24 *Arch. giur.*, 125 ss. (1880); G. LOMONACO, *I temperamenti della proprietà prediale*, Appendice III a F. LAURENT, *Principi di diritto civile*, trad. ital., VI (Napoli 1883); F. BIANCHI, *I limiti legali della proprietà nel diritto civile* (Macerata 1885).

su quello giuridico e costituzionale. Essa si impernia sul rapporto fra *property* e funzione sociale. Questo rapporto può considerarsi in senso ontologico, come un elemento di per sé esistente ed idoneo, in quanto tale a fornire la giustificazione più valida della *property* privata. Come si collega *property* e personalità umana, *property* e libertà, così può ritenersi che la *property* privata, in quanto utile al progresso economico della società, abbia per ciò stesso una funzione sociale. In sostanza, secondo questa opinione che, già sostenuta fin dall'antichità<sup>41</sup>, trova consensi anche ai nostri tempi<sup>42</sup>, la *property* privata deve essere riconosciuta e protetta perché ha un'utile funzione sociale.

Ma nel corso dell'ultimo secolo si è concepito fra *property* privata e funzione sociale un diverso rapporto, che potrebbe qualificarsi assiologico: la *property* privata deve svolgere un'utile funzione sociale: essa è riconosciuta e protetta se e in quanto svolta tale funzione<sup>43</sup>.

La più celebre formulazione di questo secondo rapporto fra *property* privata e funzione sociale è quella della costituzione della Repubblica tedesca votata a Weimar il 31 luglio 1919, il cui art. 153, 2° comma, è redatto in questi termini: "Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll

<sup>41</sup> Cfr. ARISTOTELE, *Polit.* II, 1263 a, 25-26m, dove difende la costituzione vigente ad Atene contro assetti sociali che mettano i beni in comune, come quello proposto nella Repubblica di Platone.

<sup>42</sup> Cfr. CRIBBET, *Principles*, 6, che ritiene di potere giustificare la *property* privata in base alla social utility theory e dice – riportando le parole di E. SELIGMAN, *Principles of Economics* (New York 1905), 134: "Private property is an unmistakable index of social progress. It originated because of social reasons; it has grown under continental subjection to the social sanction"

<sup>43</sup> Un collegamento fra il profilo ontologico e quello assiologico è visto da T. LABRIOLA, *Del fondamento della proprietà* (Roma 1906), 94: "Allorquando si spiega la proprietà privata come un istituto che trova la sua giustificazione obiettiva nei fini sociali che compie, si ha al medesimo tempo... un criterio per trovare i limiti da porre all'arbitrio del singolo nell'esercizio del diritto di proprietà". Singolare è la posizione di L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon* (II ed. Paris 1920), il quale riferendosi (p. 149) alla "propriété capitaliste" (ossia ai mezzi di produzione in senso ampio) di Paesi di elevato sviluppo sociale come la Francia o l'Inghilterra, sostiene (cfr. 158) che "la propriété n'est plus le droit subjectif du propriétaire; elle est la fonction sociale du détenteur de la richesse". La singolarità di questa posizione non sta tanto nel carattere paradossale di tale affermazione, quanto nel confondersi in essa del profilo ontologico e di quello assiologico (in specie p. 162 ss., 165 ss.). La proprietà è già (o, se si preferisce, ha già) una funzione sociale: lo è (o la ha) a causa del modo in cui, in Paesi come la Francia o l'Inghilterra, la intendono e la limitano il legislatore e i giudici. Ma nello stesso tempo essa deve essere intesa dal legislatore e dai giudici (o in genere dagli interpreti) come una funzione sociale e a questa stregua devono essere determinati da essi i poteri e gli obblighi del proprietario.

zugleich Dienst sein für das gemeine Beste<sup>44</sup>. Ma per la verità già l'anno prima una norma analoga, avente tuttavia più vasta amplificazione e foriera di ben più drastiche conseguenze, era stata introdotta nella costituzione della Repubblica Socialista Federativa Russa approvata il 10 luglio 1918<sup>45</sup>. E più tardi anche in Italia, sotto un regime politico che può dirsi agli antipodi di quelli sia della Russia sovietica sia della Germania di Weimar, l'idea di fissare legislativamente la correlazione fra *property* e funzione sociale fu seriamente proposta<sup>46</sup>.

L'idea si riaffacciò dopo la seconda guerra mondiale. E in particolare il Grundgesetz della Repubblica Federale Tedesca (1949), riconnettendosi palesemente alla costituzione di Weimar, ripeté presso a poco la formula sopra riferita (art. 14. (2) "Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich den Wohle der Allgemeinheit dienen"<sup>47</sup>). Anche in Italia, dove in precedenza era stata respinta la proposta di correlazione in qualche modo fra *property* e funzione sociale, la costituzione del 1948, dopo avere enunciato il riconoscimento e la protezione della *property* privata, stabilì che la legge, nel determinare i modi di acquisto, di godimento e i limiti di tale *property*, doveva perseguire lo scopo di assicurarne la funzione sociale

<sup>44</sup> Già L. DUGUIT, *Les transformations* cit. (I ed. Paris 1912) aveva affermato che nelle società moderne, coscienti dell'interdipendenza sociale, "la propriété est pour tout détenteur de richesse le devoir, l'obligation d'ordre objectif d'employer la richesse qu'il détient à maintenir et accroître l'interdépendance sociale". In Germania un precedente dalla formula adottata dalla costituzione di Weimar si ha in una sentenza del Reichsgericht pronunciata nel 1916 (RG 89, 121), secondo cui la proprietà fornisce solo diritti al titolare, ma lo obbliga pure.

<sup>45</sup> La norma si riferisce a tutti i diritti privati e dispone che "La Repubblica priva gli individui e i grandi privati dei diritti che essi eserciterebbero in modo pregiudizievole agli interessi della rivoluzione socialista".

<sup>46</sup> La Carta del Carnaro emanata a Fiume nel 1920, quando Gabriele d'Annunzio e i suoi seguaci (per certi aspetti precursori del fascismo) se ne erano impadroniti con un colpo di mano e la governavano come distinta entità statale, stabiliva al punto IV: "Lo Stato non riconosce la proprietà come il dominio assoluto della personalità sopra la cosa, ma la considera come la più utile delle funzioni sociali". Analogamente il progetto ministeriale del libro II del Codice civile, pubblicato in Italia nel 1937, richiamava all'art. 18 la "funzione sociale del diritto di proprietà". Senonché questo richiamo fu criticato da molte Facoltà di Giurisprudenza per ragioni tecniche, ma soprattutto politiche (in parte differenza verso le autorità fasciste, in parte timore, di impronta tipicamente conservatrice, che venissero intaccati i poteri del proprietario); cfr. la motivazione di GRASSETTI in *Osservazioni e proposte sul progetto del secondo libro del Codice civile*, Università di Catania, 1938, 171.

<sup>47</sup> V. H. EICHLER, I, 168, per il quale il postulato "Eigentum verpflichtet" significa "dass der Eigentümer der Gemeinschaft oder dem Volk verpflichtet ist." Più esplicite in questo senso la costituzione di Länder come lo Hesse (art. 45) e il Rheinlandpfalz (art. 60 II).

(art. 42, 2° comma)<sup>48</sup>.

L'importanza pratica di simili richiami costituzionali alla funzione sociale è stata tuttavia piuttosto modesta. Essa in massima si è ridotta a quella di fornire un fondamento e una giustificazione di carattere generale ai limiti e ai vincoli particolari posti alla *property* privata da singole leggi o singole norme dei codici al fine di contemperare l'interesse del titolare dei *property rights* con gli interessi di più ampie cerchie sociali o dell'intera collettività<sup>49</sup>. Ma bisogna tenere presente che limiti e vincoli dello stesso genere sono stati introdotti anche in sistemi in cui mancavano e mancano norme costituzionali sulla funzione sociale della *property* privata, come p. es. in Francia, in Inghilterra, negli Stati Uniti e in molti altri Paesi e che la legittimità costituzionale di tali limiti e vincoli, pur qualche volta discussa anche con asprezza, è stata in definitiva riconosciuta<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Simmetricamente, ma in forma più attenuata, il precedente articolo 41, dopo aver riconosciuto la libertà dell'iniziativa economica privata, prescrive che essa non si svolga “*in contrasto con l'utilità sociale*”.

<sup>49</sup> Nei sistemi socialistici, nei quali la funzione sociale dei beni viene normalmente assicurata con l'inclusione di quelli più rilevanti a tale fine nella *property* socialista o sociale e con la loro esclusione (salvo ristrette eccezioni) dalla *property* privata, parrebbe non esservi bisogno o non esservi posto nelle loro costituzioni o nei loro codici di formule simili a quelle ora viste. Invece, a parte l'enunciazione della costituzione della Repubblica Socialista Federativa russa del 1918, la quale potrebbe anche intendersi come preannuncio o previa giustificazione di misure espropriative future a danno dei privati, bisogna notare che la costituzione della Repubblica Democratica Tedesca del 1949 parafrasò anch'essa la formula della costituzione di Weimar: art. 24 (2) “*Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch darf dem Gemeinwohl nicht zuwiderlaufen*”. Le costituzioni e i codici più recenti dei Paesi socialisti non menzionano più espressamente la necessità che la proprietà serva al bene comune, ma contengono nondimeno proporzioni negative, che, riferendosi alla *property* personale o a quanto rimane in quei Paesi di autentica *property* privata (relativa, cioè a mezzi di produzione), vietano di esercitarli in contrasto con gli interessi della società o in modo tale da ristabilire forme di sfruttamento dell'uomo da parte dell'uomo. In questo senso p. es. Principi del diritto civile sovietico, art. 25; cost. della DDR art. 11, 3; CC della DDR § 22, 3; cost. della Mongolia art. 13; cost. della Bulgaria art. 21, 6; Legge dei beni dei cittadini bulgari art. 31 ss.; CC della Cecoslovacchia § 125, 2; 130, 3.

<sup>50</sup> Sul tema si tornerà negli ultimi paragrafi di questo capitolo. V. intanto per la Germania H. EICHEL, I, 171 ss., 174, 182 ss.; WOLFF-RAISER, 179; WESSERMANN 121 ss.; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch* (ed. 27, München 1968), 867 ss.; per l'Italia S. PUGLIATTI, 38 ss.; S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, 14 *Riv. trim. di dir. e proc. civ.* 1266 ss.; 1297 ss. (1960); A. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, 26 *Riv. trim. cit.*, 465 ss. (1972); U. NATOLI, “*Funzione sociale*” e “*funzionalizzazione*” della proprietà e dell'impresa, *Riv. giur. lav.*, I, 139 ss.

<sup>1</sup> In Francia il primo progetto di costituzione del 1946 all'art. 36 dichiarava: “*Le droit de propriété ne saurait être exercé contrairement à l'utilité sociale*”; ma, respinto questo progetto dal referendum popolare, quella proporzione non fu riprodotta nel successivo approvato dal

Si deve ancora mettere in evidenza che la *property* privata nei Paesi non socialisti, oltre i limiti e i vincoli su accennati, ha subito e subisce anche misure espropriative, alcune tendenti a trasferire dati beni dall'attuale titolare privato a un altro titolare privato, altre tendenti invece a trasformare la *property* privata in una *property* pubblica, trasferendo il relativo bene allo Stato, ad enti pubblici o a soggetti collettivi. Esempi del primo tipo di misure appropriative sono forniti da parecchie tra le riforme agrarie attuate nell'ultimo secolo e che sono consistite nel dividere la terra tolta ai grandi proprietari tra un gran numero di piccoli coltivatori in applicazione della direttiva di attribuire la terra a chi la lavora<sup>51</sup>. Il secondo tipo di misure espropriative è qui più interessante, poiché mostra che anche nei Paesi non socialisti alcuni beni costituenti mezzi di produzione non sono stati lasciati gestiti a soggetti pubblici, in effetti dopo la Seconda Guerra Mondiale il trasferimento forzato di beni produttivi a soggetti pubblici o collettivi, che prima era stato disposto in singoli casi isolati, è divenuto oggetto di norme generali (in specie nelle costituzioni) oppure è stato attuato in modo sistematico e su scala piuttosto vasta, come è accaduto in Inghilterra coi governi laboristi. Queste misure come si è già accennato, hanno dato luogo anche nei Paesi non socialisti a nuove forme di *property* pubblica e, d'altro canto hanno sottratto alla *property*

---

popolo il 13 ottobre 1946. Ciò tuttavia non determinò dubbi particolari sulla legittimità costituzionale delle norme che imposero limiti e vincoli alla *property* privata per esigenze sociali, come p. es. quelle sulle locazioni di edifici ad uso di abitazione o sullo sfruttamento delle aree fabbricabili (code de l'urbanisme) o sull'impiego dei terreni destinati alla forestazione e all'agricoltura (code forestier, code rural) (su questi temi v. *infra*).

<sup>1</sup>In Inghilterra, dove la mancanza di una costituzione scritta e di un codice creava un ostacolo in più a formulazioni analoghe a quelle delle costituzioni tedesca e italiana, non si è per questo contestato il potere del Parlamento o della sua maggioranza laborista di disciplinare p. es. l'attività edilizia con le leggi sul Town Planning (v. *infra*) e nemmeno di nazionalizzare p. es. le miniere di carbone, le ferrovie e altri mezzi di trasporto. Problemi di costituzionalità si sono invece posti negli Stati Uniti rispetto alla legislazione del New Deal rooseveltiano (su cui F.D. ROOSEVELT, *Looking forward* (New York 1933); ma, nonostante oscillazioni degli organi giudiziari, in definitiva tali problemi sono stati superati senza bisogno di emendamenti o integrazioni della costituzione federale (cfr. B. SCHWARTZ, *A Commentary on the Constitutions of the United States*, II, New York-London 1965, 18 ss., 95 ss.).

<sup>51</sup>Mentre nella Russia sovietica lo slogan "la terra ai contadini" servì molto a favorire la rivoluzione d'ottobre e a difenderne i risultati, ma fu poi sanguinosamente contraddetto dalla politica di integrale collettivizzazione delle terre, in altri Paesi (compreso qualche Paese socialista) le riforme agrarie consistettero proprio nella creazione di una piccola proprietà contadina. Verso una simile politica (rivelatasi per altro non sempre fruttuosa) tende apertamente il già cit. art. 42, II, cost. Italiana, quando accanto allo scopo di assicurare la funzione sociale della *property* privata, indica quello di "renderla accessibile a tutti".

privata vaste categorie di beni dotati di rilevanza sociale. Non può dunque dubitarsi che esse hanno contribuito ad attenuare la contrapposizione tra sistemi socialistici e sistemi non socialistici.

Rimane tuttavia vero che nei sistemi non socialistici la *property* privata non solo esiste in concreto, ma è inoltre di solito ammessa e protetta da norme generali, non di rado da norme costituzionali. Queste possono bensì prevedere vincoli e limiti, nonché l'eventualità di nazionalizzazioni o socializzazioni, ma nello stesso tempo ammettono e proteggono la *property* privata senza fare nessuna distinzione tra mezzi di produzione e altri beni e quindi considerando anche la *property* privata relativa a mezzi di produzione un istituto vitale.

Lo stesso deve dirsi di un'ulteriore norma, con cui si è voluto internazionalmente rafforzare nell'ambito dei Paesi membri del Consiglio d'Europa, il riconoscimento della *property* privata. L'art. XX del « Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » sottoscritto a Parigi il 20 marzo 1952 stabilisce infatti, senza fare differenza tra beni e beni, che “toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens”<sup>52</sup>. Pur con tutte le attenuazioni e gli avvicinamenti a cui si è accennato, una precisa linea discriminante fra sistemi socialistici e sistemi non socialistici esiste dunque tuttora.

#### 4. Property e potere effettivo

Si è poc'anzi prospettata l'eventualità che il titolare di un *property*

<sup>52</sup> Un orientamento analogo era già stato seguito dalla Dichiarazione internazionale dei diritti dell'uomo approvata e proclamata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, che, a causa della sua universalità, ha naturalmente un'importanza maggiore del Protocollo riferito nel testo. Il tenore tuttavia dell'articolo relativo alla *property* (art. 17: “1. Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété. 2. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété”) è abbastanza generico da potersi adattare anche a sistemi socialistici, dato che anche in questi sistemi i singoli hanno diritto alla proprietà (“personale” dei beni di consumo) e anche in questi sistemi nessuno è privato della proprietà di certi beni (o impedito a priori di averla) “arbitrariamente”. Si tratta in verità di un avverbio con vari significati, fra cui almeno uno compatibile con leggi che escludano la *property* privata di beni produttivi. Ai fini considerati nel testo questa Dichiarazione risulta quindi meno rilevante del Protocollo europeo. È ancora da notare che in Patti e Dichiarazioni posteriori da parte dell'ONU (in ispecie “Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels” del 16 dicembre 1966 e “Déclaration sur le progrès et le développement dans le domaine social” dell'11 dicembre 1969) nessuna menzione è fatta dalla *property*.

*interest* sia privo di potere effettivo sul bene oggetto di tale *interest*<sup>53</sup>. Questa eventualità dipende dalla esistenza (che data da millenni) di più *property interests* aventi grado e contenuto diversi, giacché essa permette che in un dato momento *interests* di grado inferiore assorbano il potere effettivo di gestione e di godimento contenuto nell'*interest* di grado più elevato<sup>54</sup>. È anche possibile che il titolare di un *property interest* perda il potere effettivo sul bene, in quanto altri cominci a esercitare di fatto tale potere senza essere in quel momento titolare di nessun *property interest*. È il ben noto fenomeno del possesso. Ora, sia questo fenomeno, sia quello precedentemente indicato, non solo sono convalidati da una lunghissima storia, ma costituiscono inoltre aspetti intrinseci e sostanzialmente fisiologici del *law of property*. Essi pertanto verranno esaminati più innanzi nel luogo opportuno<sup>55</sup>.

Qui invece occorre considerare un fenomeno (o più fenomeni) di dissociazione tra *property* e potere, che sono stati descritti negli ultimi decenni<sup>56</sup> da alcuni autori<sup>57</sup>, e che risultano notevolmente diversi da quelli

<sup>53</sup> *Supra* 1.1.2

<sup>54</sup> Per norma questo assorbimento si verifica solo in dati momenti ed è quindi temporaneo. Esso lascia inoltre di solito un residuo, sia pure piccolissimo, di potere effettivo al titolare dell'*interest* più elevato, che quindi, per questa e per la precedente ragione, sopravvive e conserva la sua rilevanza pratica. In casi eccezionali invece l'assorbimento è permanente. Un caso siffatto è quello del *property interest* spettante sulle terre alla Corona inglese, un altro caso è quello del *property interest* spettante allo Stato nei sistemi socialisti sulle terre concesse a cooperative. Ma, mentre il *property interest* della Corona inglese tende praticamente a scomparire, se non è già da ritenersi del tutto scomparso, nessuna tendenza di questo genere si avverte al momento attuale rispetto al *property interest* dello Stato nei sistemi socialisti, poiché quanto rimane allo Stato di potere effettivo attinente alla *property*, anche se ristretto, conserva rilevanza pratica, sia sulle terre concesse a cooperative, sia a maggior ragione sugli altri mezzi di produzione gestiti da imprese o da organizzazioni sociali.

<sup>55</sup> *Infra* nella prossima sezione.

<sup>56</sup> A. BERLE and G. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property* (New York 1932; qui è utilizzata la XVII ristampa, 1950) in ispecie 110 ss.

<sup>57</sup> Gli stessi due autori sono tornati varie volte sul tema: p. es. A. BERLE, *Power without Property* (New York 1959); G. MEANS, *The Corporate Revolution* (New York 1962). V. anche P.P. HARBRECHT *Pension Funds and Economic Power*, 52 *Cal. Law Rev.* 1412 (1964); M. A. EISENBERG, *The Legal Roles of Shareholders and Management in Modern Corporate Decisionmaking*, 57 *Cal. Law Rev.*, 1, 53-93 (1969); P. McCARTHY, *The Enforcement of Restrictive Covenants in France and Belgium*, 73 *Colum. Law Rev.* 1 (1973); R. N. SCHWARTZ, *A Proposal for the Designation of Shareholders Nominees or Director in the Corporate Proxys Statement*, 74 *Colom. Law Rev.* 1141 (1974). Per aspetti europei continentali del problema cfr. J. SAVATIER, *Du domaine patriarcale à l'entreprise socialiste*, in *Mélanges R. Savatier* (Paris 1965), 880; D.F. VAGTS, *Reforming the "modern" corporation: perspectives from Germany*, 80 *Harv. Law Rev.*, 23 (1966-67); T. ASCARELLI, *In tema di*

accennati. Gli autori, a cui ci si riferisce, prendono in considerazione i beni organizzati per lo svolgimento di un'attività industriale, finanziaria o commerciale, ossia per l'esercizio di un'impresa, e si riferiscono essenzialmente all'ipotesi (certo oggi la più frequente) che la impresa faccia capo a una società per azioni o, secondo il linguaggio americano, a una corporation. Ora essi constatano che il potere relativo a tali beni o più ampiamente il potere di esercizio dell'impresa con le ripercussioni economiche e sociali che comporta, spetta in realtà, non solo di fatto ma anche di diritto, agli amministratori o i dirigenti della società o corporation, sebbene essi possano non avere e di fatto spesso non abbiano nessun (o nessun rilevante) *property right* sui beni in questione. A questa mancanza di un loro (rilevante) *property right* fa riscontro lo scarso o il nessun peso che i titolari dei *property rights* hanno sulla loro nomina e sulla guida della loro gestione. Infatti, il diritto di voto degli azionisti ordinari risulta privo di effettivo contenuto per il fatto che il "controllo" delle società per azioni, o corporations può anche fondarsi (e tanto più facilmente quanto più numerosi sono gli azionisti) su una modesta e modestissima percentuale di azioni.

È necessario chiarire gli esatti termini giuridici di questa impostazione. Quale è la *property* che quegli autori vedono dissociata dal potere? Risulta evidente dai loro ragionamenti che è quella costituita dai (diritti sui) beni organizzati per l'esercizio dell'impresa. Ma qual soggetto è titolare di questa *property* (o dei relativi *property interests*)? Sembra difficile negare che sia la società per azioni o la corporation, in quanto persona giuridica.

È vero che analisi recenti, squarciando il velo più o meno mitico che avvolge la persona giuridica, e in specie la società per azioni o la corporation, hanno messo in luce come "persona giuridica" sia espressione riassuntiva<sup>58</sup> di un insieme particolare di norme o di un particolare ordinamento<sup>59</sup>, che si indirizzano in realtà, non a un ente astratto e incorporale, bensì

---

*società e personalità giuridica*, in *Saggi di diritto commerciale* (Milano 1955), 137; Id., *I problemi delle società anomine per azioni*, 1 *Riv. Soc.*, 11 (1956); G. Rossi, *Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa* (Milano 1967). Per uno sguardo complessivo e aggiornato v. poi, in particolare, B. GROSSFELD.

<sup>58</sup> T. ASCARELLI, *In tema di società e personalità giuridica* cit., 133 ss., 138 ss.

<sup>59</sup> H. Kelsen, *General Theory of Law and State* (Cambridge, Mass. 1945; trad. it. Milano 1952), 96 ss. Nel concepire come ordinamento il complesso di norme che organizzano in associazione o corporazione più individui Kelsen sembra risentire l'influenza della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici elaborata da S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (II ed., Firenze 1945), 63 ss.; 86 ss.



puramente e semplicemente a esseri umani<sup>60</sup>.

È tuttavia ugualmente vero che le situazioni giuridiche, di cui questi esseri umani diventano titolari per effetto di tali norme, hanno contenuti e caratteri assai diversi da quelli che avrebbero, se i medesimi esseri umani fossero essi stessi, personalmente e isolatamente, i soggetti degli interessi a cui quelle situazioni giuridiche si riferiscono. Rimane infatti una fondamentale differenza tra la disciplina relativa agli esseri umani come individui e come diretti interessati e quella che riguarda i medesimi esseri umani come membri o rappresentanti di un gruppo. E allora, pur ammessa la necessità di conoscere quel che c'è dentro e dietro la persona giuridica (conoscenza che non è però da approfondire in questa sede), sembra in realtà che poco si guadagni ai nostri fini (né in chiarezza né in precisione) col sostituire al concetto di persona giuridica una complicata perifrasi, aventi in ultima analisi lo stesso significato, e che si possa quindi, per quanto qui interessa, continuare a considerare la società per azioni o corporation come persona giuridica, ossia come soggetto.

Ora, se la società per azioni o la corporation è ritenuta un soggetto, la riferita dissociazione tra *property* e potere perde giuridicamente di significato, poiché è normale, rispetto a una persona giuridica titolare di *property* o di qualsiasi altro diritto, che il potere effettivo inerente a tale *property* o a tale diritto spetti agli esseri umani che operano per essa<sup>61</sup>. Gli autori sopra indicati ragionano come se i *property interests* sui beni produttivi organizzati spettassero agli azionisti, come se cioè tra gli azionisti e tali beni non fosse interposto il diaframma della società o della corporation o come se le azioni, vero oggetto dei *property interests* degli azionisti, fossero rappresentative di distinte quote dei beni organizzati. Ma in realtà così non è, poiché gli azionisti non hanno personalmente *property interests* sui beni organizzati<sup>62</sup> e le azioni non sono titoli rappresentativi, ma

<sup>60</sup> Un quadro organico dei vari aspetti della teoria che scompone la persona giuridica nei suoi meccanismi normativi interni è delineato da F. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, 11 *Riv. dir. Civ.*, I, 553 (1965); *Id.*, *Delle persone giuridiche*, in *Comment. Cod. Civ.* art. 11-35 (Bologna-Roma 1969), 3-101. Conseguenze radicali di tale scomposizione in G. ROSSI, *Persona giuridica, proprietà, ecc.*

<sup>61</sup> Gli amministratori e i dirigenti della società per azioni o della corporation, e quindi in primo luogo il presidente, l'amministratore o gli amministratori delegati e gli altri componenti del consiglio di amministrazione o del board of directors, nonché, secondo J.K. GALBRAITH, *The New Industrial State* (Boston 1967), 54, i componenti di quella che egli chiama "tecnostruttura", ossia tutte insieme le persone che la tesi qui esaminata considera detentrici del potere, sono precisamente gli esseri umani che operano per la persona giuridica, società o corporation.

<sup>62</sup> A questa medesima conclusione ugualmente si giunge in definitiva, anche se si rinunzia

conferiscono soltanto diritti ai soci riguardo alla gestione della società e gli utili che se ne ricavano.

Si può tuttavia anche accettare in ipotesi la validità del presupposto da cui muovono quegli autori. Nemmeno in questo caso la loro tesi appare fondata. Infatti non si può negare che gli amministratori ricevono il potere di cui si tratta dagli azionisti (attraverso regolari votazioni delle loro assemblee), ossia in ipotesi precisamente dai titolari della *property*, di cui si prospetta la dissociazione da quel potere. In linea di fatto potrà accadere che gli azionisti che scelgono gli amministratori e gli conferiscono il potere effettivo non costituiscano la maggioranza assoluta di tutti i soci: ma essi dovranno pur sempre rappresentare la maggioranza degli intervenuti all'assemblea, di persona o per delega<sup>63</sup>; e anche nelle società o corporations il cui capitale è più frazionato<sup>64</sup>, il potere degli amministratori deriverà pur sempre dagli azionisti<sup>65</sup>. Ciò permette pure che gli attuali amministratori e il gruppo dominante che essi rappresentano vengano rovesciati sia attraverso la così detta "scalata" compiuta col rastrellamento di azioni sul mercato, sia mediante una capillare opera di propaganda tra gli azionisti,

---

al concetto di persona giuridica e vi si sostituiscono le complicate perifrasi sopra accennate. G. ROSSI, *Persona giuridica, proprietà, ecc.*, 34 e nt. 54, conclude, con coerenza con la sua impostazione radicale che nessun soggetto ha la *property* relativamente ai beni destinati all'esercizio dell'impresa gestita da una società (o corporation). Ma si può domandare se questo coerente corollario non valga a mettere in dubbio la correttezza del presupposto.

<sup>63</sup> L'importanza delle deleghe è indubbiamente grandissima; cfr. A. BERLE and G. MEANS, *The Modern Corporation*, 81-88, che illustrano il modo in cui da tempo negli Stati Uniti gli amministratori delle corporation riescono di solito a formare a loro piacimento il gruppo dei delegati o "proxy committee"; R.N. SCHWARTZ, *74 Colum. Law Rev.*, 1139 (1974), che, come rimedio, avanza e illustra la proposta di permettere agli azionisti deleganti di designare propri candidati nel "proxy statement".

<sup>64</sup> Il più elevato frazionamento si ha senza dubbio nelle società o corporations di maggiori dimensioni, anche se non mancano esempi di singoli individui di singole famiglie (come H. Ford, i Rockefeller, i Du Pont, negli Stati Uniti, gli Agnelli in Italia) che hanno posseduto o possiedono, se non la maggiore, una consistente minoranza delle azioni (e con essa da soli il controllo) di grandissime società. Ma vi sono in proposito differenze da Paese a Paese, giacché il frazionamento riscontrabile negli Stati Uniti difficilmente trova confronti altrove.

<sup>65</sup> La possibilità che minoranze (in casi eccezionali anche di scarsa consistenza) dominino le assemblee e quindi, attraverso gli amministratori da esse eletti, le società o corporations dipende evidentemente da molti e vari fattori. Ma un suo indispensabile presupposto è senza dubbio l'assenza di una norma che per la validità delle assemblee ordinarie anche in seconda convocazione (assemblee a cui compete la nomina degli amministratori) richieda l'intervento di dato numero di soci rappresentanti una data quota del capitale sociale. Questa assenza, a sua volta, sarà dovuta a ragioni tecniche, ma è certo anche frutto di una scelta politica fatta sotto l'influenza di quelle forze economiche e sociali che sanno di potere sfruttare a loro vantaggio il normale assenteismo degli azionisti.

diretta, non tanto a farli intervenire alle assemblee, quanto a ottenere da essi deleghe in favore di un nuovo gruppo dominante.

Se dunque si considera il tema sotto l'aspetto strettamente giuridico, si deve dire che la dissociazione tra *property* e potere ha connotati diversi da quelli che sono stati descritti dagli autori suddetti, in quanto corrisponde sostanzialmente alla dissociazione che si verifica ogni qualvolta gli individui interessati si uniscono in un'associazione o società considerata soggetto di diritto e amministrata da persone scelte secondo le regole del relativo statuto e che d'altro canto può verificarsi anche rispetto a una impresa individuale quando il titolare della *property* ne affida la gestione a un suo rappresentante, p. es. a un istruttore. È vero che sussistono nondimeno problemi giuridici particolari riguardo ai beni organizzati per l'esercizio di un'impresa. Ma essi, da un lato, sono quelli di stabilire se o a quali condizioni e, in caso affermativo, in che misura gli amministratori debbono, come tali, rispondere verso i terzi interessati o verso la collettività, dall'altro lato sono quelli di accertare se o quale *property* possa sussistere riguardo a tale bene. Si tratta evidentemente di problemi che sono da esaminare in questa sede<sup>66</sup>.

In questa sede invece il discorso iniziato da Berle e Means va brevemente proseguito, non più sotto il profilo giuridico, ma sotto quelle economico e sociologico. Un primo punto da toccare in proposito riguarda il diverso valore che, se l'impresa a cui la società o corporation si riferisce è economicamente valida, il mercato attribuisce alle azioni facenti parte, in un modo o nell'altro<sup>67</sup>, del pacchetto di controllo rispetto a quello delle altre azioni. Le prime sono valutate di più, perché in esse alla mera *property* si unisce il potere di guidare la società o corporation e di trarne particolari vantaggi e profitti. Il ragionamento si può anche rovesciare, dicendo che le seconde sono valutate di meno, perché da esse, che non possono influire sulla guida della società o corporation, è sottratta una parte della *property*. Se è vero, comunque, che tutte le azioni (salvo quelle prive per statuto del diritto di voto) sono giuridicamente uguali, è altrettanto vero che di fatto

---

<sup>66</sup> Il secondo problema sarà esaminato nella prossima sez. 1. 2. 8; il primo ed estraneo alla tematica della *property*.

<sup>67</sup> I modi possono essere tanti. Per lo più accadrà che le azioni appartengano alla stessa persona o alla stessa famiglia o a una società holding (controllata come sopra) oppure che si siano concluse stabili intese fra alcuni grandi azionisti con l'eventuale aggregazione di piccoli azionisti e relative deleghe. In ipotesi estreme, che sono quelle contemplate da J.K. GALBRAITH, *The New Industrial State*, 47, un vero pacchetto di controllo non esiste, perché gli amministratori dominano le assemblee in virtù di deleghe ottenute senza intese e senza vantaggi per gli azionisti che le rilasciano.

in un momento dato alcune possono contare più delle altre<sup>68</sup> e avere quindi un valore economico maggiore, che il mercato necessariamente registra.

Un secondo punto è stato efficacemente messo in risalto da Galbraith: nelle società o corporations contemporanee di grandi dimensioni il complesso organizzato di persone nel quale preparazione e conoscenze tecnologiche si uniscono a capacità manageriali conta più del capitale e della relativa *property*, non perché questo non serva, ma perché è più facile procurarselo che non riunire in un'efficiente organizzazione le competenze necessarie alla vita e allo sviluppo dell'impresa<sup>69</sup>. In tali società o corporations e nelle relative imprese, il potere spetta quindi agli amministratori, indipendentemente dalle azioni di controllo<sup>70</sup> che essi eventualmente possiedono; anzi, secondo Galbraith il potere non spetterebbe agli amministratori da soli, ma, alla luce di un'analisi rigorosa, ad essi insieme con i dirigenti e i tecnici, che formano complessivamente quella che egli chiama una tecnostruttura<sup>71</sup>.

Si potrà non condividere interamente questa conclusione, ma da essa deriva, un terzo punto su cui conviene fermare un momento l'attenzione. I beni, che nei Paesi industrializzati hanno maggiore importanza economica, sono quelli organizzati per l'esercizio di un'impresa. Senza nasconderci il valore assunto in alcuni di questi Paesi e in dati periodi di tempo dalle aree fabbricabili e dagli edifici per abitazioni e uffici, non vi può essere dubbio che il primato spetta tuttavia ai beni organizzati per il fine suddetto. Ma questi beni, come si è appena accennato, non valgono di per sé in modo statico, non solo in quanto organizzati appunto per l'impresa e da questa dinamicamente utilizzati<sup>72</sup>. Ciò equivale a dire che il potere effettivo su di essi e sui relativi prodotti e frutti non spetta al titolare del o dei *property interest*, gestisce tali beni un'impresa, sia questa un'impresa individuale o faccia capo ad una società dell'uno o dell'altro tipo e di più o meno grande dimensione.

---

<sup>68</sup> Per le ragioni dette prima la situazione di fatto potrebbe essere diversa in un momento successivo, se cambiasse la titolarità di certe azioni o l'orientamento di certe deleghe.

<sup>69</sup> J.K. GALBRAITH, *The New Industrial State*, 51 s.

<sup>70</sup> Come si è detto prima, nelle società o corporations col capitale più frazionato un vero pacchetto di controllo potrebbe anche mancare.

<sup>71</sup> J.K. GALBRAITH, *The New Industrial State*, 52 ss., 77 ss.

<sup>72</sup> La stessa organizzazione iniziale è frutto di idee, iniziative, attività di tipo imprenditoriale. Ma, a parte l'impiego dinamico di questa organizzazione e dei relativi beni (che è anch'esso tipico compito dell'imprenditore), l'organizzazione deve venire spesso rinnovata o più o meno radicalmente mutata. I beni impiegati nell'impresa non nascono, né rimangono organizzati per forza di natura, ma solo per opera dell'imprenditore.

Rispetto alla terra, agli animali, alle case, ai beni di consumo e simili quello che economicamente e socialmente conta è la *property* coi relativi *interests*; non che l'attività di uso, godimento e gestione di queste varie categorie di beni (basti pensare all'agricoltura e all'allevamento del bestiame) sia economicamente di scarsa rilevanza; ma quei beni e quei *property interests* su di essi valgono di per sé, indipendentemente da tale attività<sup>73</sup>. Invece rispetto ai beni organizzati per l'esercizio di un'impresa quello che economicamente e socialmente conta è la gestione dell'impresa col relativo potere che, a sua volta, è in quanto tale indipendente dalla *property*. Ciò conduce a delineare una diversa forma di dissociazione tra *property* e potere, intendendo come potere, non più quello (finora considerato) di gestire i beni e di guidare la impresa con essi costituita, bensì, quello, più ampio anche se più generico, consistente nel prestigio sociale, nell'influenza sulle decisioni economiche interne e internazionali, nell'accesso, diretto o indiretto, alle leve politiche di comando.

In passato, e anche ora nei Paesi di meno intenso sviluppo industriale e finanziario, questo potere, in senso sociale, politico, era ed è associato alla *property*, in specie a quella relativa a terre (in un primo periodo) e a capitali (in tempi più recenti) in modo che i personaggi più potenti nel senso anzidetto erano o sono i grandi proprietari terrieri o i grandi capitalisti. Attualmente invece nei Paesi di più intenso sviluppo industriale e finanziario i beni che producono maggiore ricchezza e conferiscono maggiore potere sono quelli organizzati per l'esercizio di un'impresa; ma rispetto ad essi, come si è visto, il potere, sia in quanto potere sociale, economico e politico che da tale gestione deriva, non è più necessariamente associato alla *property*. In tali Paesi quindi i personaggi più potenti da questo punto di vista sono ora piuttosto i grandi managers che non i grandi proprietari o i grandi capitalisti<sup>74</sup>.

Di conseguenza nei Paesi caratterizzati da tale più intenso sviluppo (e in prospettiva anche gli altri) si è verificata o si sta verificando una non

---

<sup>73</sup> Questo dipende anche dal fatto che il titolare di *property interest* può o poteva farla svolgere nel suo interesse da personale salariato oppure attribuirne il potere ad altri a titolo di locazione, conservando per sé in buona parte il valore e gli utili della *property*. Simili forme di godimento attraverso l'attività altrui, sebbene non escluse, sono molto meno frequenti e meno probabili su larga scala rispetto a beni organizzati a fini di impresa.

<sup>74</sup> Una riflessione simile, con tutti gli adattamenti del caso, può farsi anche riguardo ai managers di un'impresa pubblica, i quali, è ovviamente da escludere che siano titolari di un *property interest*. Anche nei Paesi socialisti di più intenso sviluppo industriale chi dirige una grande impresa pubblica ha, dopo i più alti esponenti politici, una considerevole porzione di potere.

irrilevante svalutazione della *property*, in quanto autonoma fonte di potere sociale, economico e politico. Si tratta di un dato che, insieme con molti altri, deve essere, da un punto di vista generale, tenuto presente anche in uno studio come questo che si occupa dell'aspetto giuridico della *property*.



# Capitolo I

## *L'oggetto*

SOMMARIO: 1. L'oggetto in generale – 2. Le cose e la loro distinzione in mobili e immobili – 3. Aggregati di cose – 4. Beni organizzati per l'esercizio di un'impresa – 5. I diritti patrimoniali come beni incorporali – 6. I titoli di credito – 7. Le creazioni intellettuali – 8. *Property* e potere effettivo – 9. Idoneità dei beni a essere oggetto di *property* privata o di *property* pubblica a) i sistemi civilistici, di *common law* e misti – 10. (*segue*) b) I sistemi socialistici – 11. (*segue*) c) Gli altri sistemi giuridici.

### 1. *L'oggetto in generale*

Parlare di oggetto della *property* può apparire una tautologia, dal momento che “*property*” in uno dei suoi significati indica precisamente quelle entità o quegli elementi che sono oggetto di diritti patrimoniali. Evidentemente, se ci si serve di tale espressione, si intende “*property*” nell'altro dei suoi due sensi fondamentali, quello di “diritto o situazione giuridica patrimoniale”, quasi come se si dicesse “*property rights*” o “*property interests*”. E ciò, come sappiamo, è terminologicamente corretto.

Superato il rischio di equivoci o di improprietà su questo punto, occorre evitare un'altra difficoltà, costituita dal modificarsi dell'ambito della *property* secondo che si consideri l'uno o l'altro gruppo di sistemi giuridici e persino l'uno o l'altro singolo sistema<sup>1</sup>. La modificazione dell'ambito si riflette invero nelle modificazioni dell'oggetto, ossia nella inclusione in questo o nell'esclusione da questo di dati elementi. Ora, l'unico modo di evitare tale difficoltà sembra quello di ammettere preventivamente come possibile che, accanto a un nucleo comune a tutti i sistemi giuridici, dati elementi costituiscano oggetto di *property* in taluni fra di essi e non lo costituiscano invece in altri.

L'orientamento flessibile che, a fini comparatistici, è apparso consigliabile riguardo all'ambito della *property* deve trovare puntuale riscontro in un analogo orientamento riguardo al suo oggetto.

---

<sup>1</sup> V. *retro*, *Introduzione*, par. 1.



Vediamo ora se i vari elementi che in tutti o in alcuni dei sistemi giuridici costituiscono oggetto di *property* possano trovare espressione sintetica in un concetto generale. In prima approssimazione parrebbe servire a questo fine il concetto di “cosa”. E a conferma varrebbe la constatazione che nei sistemi civilistici i *property rights* sono chiamati in un modo che richiama la cosa: “droits reals, derechos reales, diritti reali (dal latino “res”= cosa); Sachenrechte, zakelijke rechten (dal tedesco “Sache” o dall’olandese “zaak”= cosa)<sup>2</sup>. Tuttavia solo nel diritto della Germania Federale l’oggetto della *property* è espressamente limitato alle cose, intese in senso corporale come porzioni del mondo fisico<sup>3</sup>. Nel CC francese e in quelli che ne derivano o ne sono stati influenzati l’oggetto della *property* non è indicato come cosa, ma come “bien” (“biene”, “bene”, “good”); e il concetto di bene che, intrinsecamente economico, è divenuto un concetto giuridico<sup>4</sup>, non coincide con quello di cosa.

La dottrina francese infatti spiega che è la cosa appropriata<sup>5</sup>; e nello stesso ordine di idee il CC italiano del 1865, art. 406, considerava beni le cose che “possono formare oggetto di diritti”, mentre, a sua volta, il CC

<sup>2</sup> Analoga radice ha l’altra espressione usata in tedesco: “dingliches Recht” (da “Ding”= cosa). Secondo H. BICHLER I, 1 e passim., mentre “Sachenrecht” è spesso inteso in senso oggettivo, come complesso di principi, norme o precetti che regolano il dominio delle cose, “dingliches Recht” ha sempre senso soggettivo, e indica un diritto sulla cosa caratterizzato dalla Dinglichkeit (= “realtà”, ossia, fra l’altro, opponibilità a tutti i terzi). Questa distinzione è in effetti largamente applicata negli autori moderni. Un’altra distinzione, accreditata dal CC austriaco (§ 307), è quella che assegna a “Sachenrecht” in senso soggettivo una portata generale comprendente tutti i diritti sulle cose, inclusi quelli aventi o ritenuti avere natura obbligatoria (diritto del conduttore, del comodatario, ecc.) e a “dingliches Recht” una portata ristretta ai soli diritti su cose dotati di realtà nel senso anzidetto (cfr. ENNECERUS-WOLFF-RAISER, III, § 2 n. 1; O. EÜL, in SOERGEL, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 511 (Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1978), 4

<sup>3</sup> CC tedesco § 90; H. EICHLER, I, 59, (ivi a nt. 3 notizie sulle tendenze di riforma miranti a liberare il concetto di cosa dal requisito della corporalità; ma v. già O.V. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I (Leipzig 1895), 270 ss; II (Leipzig 1905, 3 nt. 1, 367). Il CC svizzero è analogamente orientato, ma ammette che valgono come cose immobili taluni diritti immobiliari come il Baurecht e il Quellenrecht (§§ 655. 2; 779; 780; 943.2). Il problema dei diritti come oggetto di altri diritti si pone, del resto, anche per il diritto tedesco (cfr. H. EICHLER, I, 59; ENNECERUS-NIPPERDEY, I, 1, § 77 I 5; F. RAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts* 9 (München 1977), §§ 3 I 1; 603. E anche per il diritto tedesco si pone il problema relativo ai beni organizzati per l’esercizio di un’impresa e alle creazioni intellettuali (v. *infra*). La limitazione di “cosa” in antitesi a “bene” ai soli oggetti corporali è espressamente stabilita dal progetto del Nuovo CC olandese, 3.1.1.1 (cfr. A.S. HARTKAMP, *Compendium*, 22) e dal CC polacco art. 45

<sup>4</sup> Sul tema S. PUGLIATTI, *Bene*, in *Enc. del Dir.* 5 (1959), 167 ss.

<sup>5</sup> MARTY-RAYNAUD, I, n° 296; PICARD, n°51. L’elemento giuridico racchiuso nel concetto di bene è particolarmente sottolineato da S. PUGLIATTI, *Bene*, in *Enc. del Dir.* I, 173 s., 181s.

spagnolo precisa (art. 33) che “todas las cosas que son o pueden ser objecto de apropiacion se consideran como bienes muebles o inmuebles”.

Non tutte le cose, intese correttamente come cose corporali, sono dunque “beni”, secondo quei sistemi civilistici, ma solo quelle che hanno in sé l'elemento giuridico dell'idoneità alla appropriazione o dell'appropriazione attuale. E per converso, sempre secondo quei sistemi, non tutti i beni sono cose. Infatti i codici citati, tranne quello italiano del 1942, includono, esplicitamente tra i beni i diritti patrimoniali<sup>6</sup>, mentre la pratica e la dottrina di tali sistemi ampiamente utilizzano la nozione di bene incorporale o immateriale, ossia di elementi che correttamente non possono qualificarsi cose.

Un orientamento analogo è riscontrabile in molti fra i sistemi socialistici. L'art. 19 dei Principi<sup>7</sup> della legislazione civile dell'URSS, nell'indicare i diritti del proprietario, parla di possesso, godimento e disposizione dei beni, mentre l'art. 21 afferma che lo Stato è l'unico proprietario dei beni di Stato<sup>8</sup>. Nel CC polacco il titolo III ha come rubrica “Dei beni” e l'art. 44 spiega che la proprietà e gli altri diritti patrimoniali possono costituire “o beni della nazione (beni dello Stato) o beni di organizzazione cooperative .... O beni personali delle persone fisiche”<sup>9</sup>. La legge bulgara sulla proprietà

<sup>6</sup> CC francese art. 526; 529; CC Italiano del 1865 art. 415; 418; CC spagnolo art. 334 n. 10; 350; CC olandese art. 555; prog. del Nuovo CC olandese 3.1.1.0. Proprio perché considera come oggetto anche i vermogenrechten il CC olandese si serve del concetto di goed, comprendendo fra i goederen, quali distinti oggetti di zakenrechten, le cose e i diritti patrimoniali. Il CC austriaco perviene dal medesimo risultato distinguendo, sul modello del diritto romano giustiniano, due specie di cose, corporali e incorporali (§ 292) le incorporali sono i diritti. Come si è visto, anche il CC svizzero: considera certi diritti (non però tutti quelli inerenti a immobili) come fondi; e anche nel diritto tedesco si discute l'eventualità che i diritti fungano da oggetto di altri diritti. A rigore di logica giuridica questa eventualità potrebbe escludersi; e infatti il CC italiano, influenzato da alcuni giuristi (p. es. F. FERRARA, *L'usufrutto dei crediti*, in *Riv. it. sc. giur.*, 393 (1904) non ha incluso i diritti fra i beni, ma ha soltanto stabilito (art. 813) che le disposizioni relative ai beni immobili si applicano anche a certi diritti e quelli relativi ai beni mobili a tutti gli altri diritti

<sup>7</sup> Il termine russo “osnovy” significa “basi”, “fondamenti”; si può rendere correttamente nell'italiano giuridico con “principi”, ma è altrettanto corretta la traduzione inglese con “Fundamentals” (V. KNAPP, *Socialist countries, infra* 3, 3, 56 e nt. 106; 3, 3, 60, nt. 118 e *passim*) o quella francese con “Fondements” (*Notes et Etudes documentaires* 1962 m. 2942).

<sup>8</sup> Il termine russo è “imuscestvo”, che indica appunto “beni”, “averi” ed è usato anche con riguardo a beni oggetto di *property* socialista (cfr. VENEDIKTOV, in specie 96 ss., 111 s.). Esso ovviamente si incontra anche nel CC della RSFSR (dell'11 giugno 1964), art. 92, 94, 95 ecc. La traduzione inglese di questo codice a cura di KIRALFY (*Law of Eastern Europe*, n. 11, London 1966) rende “imuscestvo” con “property”

<sup>9</sup> Qui “beni” ha piuttosto significato di “patrimonio” che di oggetto di *property*; ed è significato derivante, come questo, dal latino “bona”. Si deve anzi rilevare in generale che il

(8 novembre 1951) menziona i beni come oggetto sia della *property* socialista, sia di quella personale e privata (art. 28), pur non ignorando la nozione di cosa<sup>10</sup>.

Anche il diritto islamico ha elaborato una nozione che può considerarsi equivalente a quella civilistica di “bene” e che, comunque, serve a comprendere tutti gli elementi ritenuti idonei a costituire oggetto di *property*: è la nozione di “mal”, la quale, secondo la maggioranza delle scuole, è riferibile tanto a cose corporali che a diritti patrimoniali<sup>11</sup>. Qualcosa di simile può dirsi per il sistema indiano, dove ugualmente si è sviluppata una dottrina giuridica capace di fissare concetti generali, giacché esso impiega un termine comprensivo per indicare vari oggetti di *property*. Si tratta del termine “dhana”, che tuttavia sembra riferirsi soltanto a oggetti corporali ed equivalere piuttosto a “cosa” che a “bene”<sup>12</sup>.

Passando ai sistemi di *common law*, il problema di trovare un concetto generale che raggruppi tutto ciò che può essere oggetto della *property* si rivela più complesso. La lingua inglese possiede due parole che avrebbero potuto esprimere questo concetto generale: “goods”, “assets”. Ma i giudici e giuristi di *common law* non le hanno elaborate in questo senso, giacché “goods” indica giuridicamente le cose mobili in commercio e “assets” si riferisce piuttosto agli elementi attivi del patrimonio che a ciò che può essere oggetto di *property*. Anche se “assets” è usato occasionalmente in

---

rapporto fra “beni” e “patrimonio” è costante e che proprio da esso deriva l’inclusione dei diritti patrimoniali tra i beni. Comunque, la natura di oggetto generale di *property* rivestita nel CC polacco dalla nozione di “bene” risulta *a contrario* dall’art. 45 che, come si è già notato, restringe il significato di “cosa” ai soli oggetti corporali, mentre la *property* si estende, secondo questo stesso codice, anche a oggetti non corporali.

<sup>10</sup> Cfr. p. es. art. 30-32. Alle cose piuttosto che ai beni, forse per l’influenza della tradizione austriaca a cui quei sistemi sono legati, si riferiscono invece il CC cecoslovacco e il CC ungherese. In Cecoslovacchia, comunque, il C. comm. internazionale art. 131 comprende tra gli oggetti dei rapporti giuridici, accanto alle cose (intese in senso corporale), i diritti e le energie.

<sup>11</sup> J.N.D. ANDERSON, *Islamic Law*, *infra* 2.5.1925, secondo cui solo la scuola Hanaf condurrebbe a limitare il concetto di “mal” alle cose corporali escludendone il diritto di goderne: v. anche J. SCHACHT, *Introduction to Islamic Law* (Oxford 1966), 134, che distingue *ayn* (“cosa” in se considerata o sostanza della cosa) da *neal* (cosa come oggetto di diritti e atti giuridici e quindi “bene”) e che inoltre sottolinea la natura di bene particolare attribuita all’usufrutto (manfa’a); analogamente D. SANTILLANA, *Istituzione di diritto musulmano*, I (Roma 1926), 245 s.

<sup>12</sup> J.D.M. DERRETT, *Hindu Law*, *infra* 2.6.201, secondo cui “dhana” comprenderebbe la terra (o le cose in genere), gli schiavi, le cose mobili. V. più ampiamente dello stesso J.D.M. DERRET, *The Development of the Concept of Property in India c. A.D. 800-1800*, 64 ZvgIRW, 15 ss. (1962)

questo secondo senso<sup>13</sup>, manca tra i *common lawyers* uno specifico concetto di oggetto che sia espresso in tale modo. La verità di fondo è che il termine inglese meglio assimilabile a “bene” (nel senso di oggetto) non è altro che “*property*”<sup>14</sup>. Ma, nonostante questa assimilabilità, evidentemente “*property*” non può essere impiegato nel senso in cui molti sistemi civilistici impiegano “bene”, ossia quale espressione del concetto generale di oggetto di diritti economicamente valutabili, poiché “*property*” – lo si è già osservato più volte – è termine polivalente, che indica bensì ciò che è oggetto di tali diritti, ma nel medesimo tempo, e principalmente, quei diritti stessi<sup>15</sup>, nonché fra l’altro, ciò che nei sistemi civilistici si dice “patrimoine”, “patrimonio”, “Vermögen”<sup>16</sup>. E naturalmente questa polivalenza è la prova che i *common lawyers* fanno a meno di un concetto, precisamente definito e precisamente indicato, che conglobi insieme tutti gli elementi capaci di formare oggetto dei diritti in questione.

In queste condizioni non sembra possibile impostare una esposizione comparata dell’oggetto della *property* (o dei *property rights*) sulla base di un concetto generale e comprensivo. Si deve dare atto che in molti sistemi, anche estranei all’ambito civilistico, un concetto generale e comprensivo è stato elaborato più o meno rigorosamente; ma occorre poi accontentarsi di enumerare i singoli elementi che nei vari sistemi possono fungere da oggetto della *property* ivi riconosciuta e di farne un distinto esame.

## 2. Le cose e la loro distinzione in mobili e immobili

Le cose, intese come porzioni del mondo fisico e comprendenti in massima (salvo eccezioni) anche le energie, costituiscono indubbiamente

<sup>13</sup> Cfr. p. es. R.R. POWELL, I, 98 (p. 364); J.D.M. DERRETT, *infra* 2.6.201

<sup>14</sup> Ciò è stato osservato all’inizio di questo capitolo, (*ante* 1.1.1). Fra tante conferme si può menzionare quella fornita da A.K.R. KIRALFY, che nella cit. traduzione inglese del CC della RSFSR rende costantemente il russo “imuscestvo” (= bene) con “*property*”

<sup>15</sup> Anche questo è stato osservato all’inizio del capitolo. Alcuni *common lawyers* ritengono anzi che il significato di “diritto” o “insieme di situazioni giuridiche patrimoniali” sia l’unico che conviene a “*property*” (cfr. POWELL, I, 7 (p. 9s.), che accetta la definizione di HALLOWELL, *The Nature and Function of Property as a Social Institution*, 1 *Journ. of Leg and Politic. Soc.*, 115 (1943), secondo la quale *property* è un “complex system of recognized rights and duties with reference to the control of valuable objects”).

<sup>16</sup> Un altro termine inglese usato in quest’ultimo senso (con particolare riguardo ai beni di un defunto) è “estate”; v. *infra*.

il più comune oggetto di *property*. Ricordando tuttavia una precedente osservazione fatta con riguardo ai sistemi civilistici, nei quali – si è notato – non tutte le cose sono beni, dobbiamo tenere presente che in tutti i sistemi giuridici (e non solo in quelli civilistici) vi sono norme espresse o implicite, le quali escludono certe cose possano formare oggetto di *property* o, più limitatamente, di *property* privata. Poiché quelle disposizioni si riferiscono di regola, oltre che alle cose, anche agli altri elementi su cui è ipotizzabile sussistano *property rights*, esse saranno considerate alla fine di questa sezione; ma naturalmente qui si dà per sottinteso che le cose di cui si parla e gli altri elementi a cui ci si riferirà più innanzi siano considerati dalle norme anzidette idoneo oggetto di *property rights*.

La principale distinzione delle cose, che si riscontra praticamente in tutti i sistemi giuridici, è tra cose immobili e immobili. Immobile per eccellenza è la terra, comprendente il suolo e il sottosuolo. Cose contenute nel sottosuolo come giacimenti minerari, acque, resti archeologici che possono avere un regime speciale, ma non cessano, finché si trovano nel sottosuolo, di essere considerati immobili. Sono del pari considerate immobili anche le cose sorte naturalmente o collocate dagli uomini sul suolo o nel sottosuolo, purché materialmente congiunte con questi, come le piantagioni e le costruzioni di qualsiasi genere<sup>17</sup>. Lo stesso carattere può venire riconosciuto anche a cose non incorporate al suolo o al sottosuolo, ma poste con la terra o con ciò che è ad essa congiunto in una relazione funzionale. È quanto sarà precisato fra breve, quando si parlerà degli aggregati di cose.

La nozione di cosa mobile si determina per esclusione. La cosa non specificamente qualificata immobile da una norma giuridica è mobile.

La distinzione fra cose immobili e mobili si riflette nei sistemi di *common law* nella distinzione tra due tipi di proprietà. Le cose immobili danno luogo infatti alla *real property*, le mobili (chattels) alla *personal property*<sup>18</sup>, con differenze di contenuto e di mezzi di tutela che, pur

<sup>17</sup> La più recente formulazione legislativa in proposito è quella del progetto (1977) del nuovo CC olandese (3.1.1.2.1): “sono immobili la terra, i minerali non ancora estratti, le piantagioni unite al suolo, così come gli edifici e le opere durevolmente uniti al suolo, sia in modo diretto, sia mediante l’unione con altri edifici o opere”. I diritti africani tradizionali, secondo K. BENTSI-ENCHILL (2.4.173), includono piante e case tra le cose mobili. Si vedrà, d’altro canto, che molti sistemi giuridici ammettono la separazione giuridica dell’edificio (e alcuni anche quella dell’albero o della piantagione) dal suolo. Nel diritto Hindu la possibilità di separazione giuridica dal suolo si estende ai pozzi (J.D.M. DERRETT 2.6.201). Separazione giuridica significa possibilità che il suolo appartenga a un soggetto, l’edificio, l’albero o il pozzo ad un altro soggetto; ma essa non implica necessariamente che questi secondi elementi siano considerati cose mobili.

<sup>18</sup> Le cose mobili, a cui ci si riferisce, sono evidentemente corporali e nell’ambito della

notevolmente attenuate, tuttora sussistono<sup>19</sup>. Negli altri sistemi giuridici, che non conoscono più tipi di *property*, la distinzione tra mobili e immobili opera soprattutto in materia di modi d'acquisto<sup>20</sup>. Ma, pur nell'ambito di una figura unitaria di *property* tali sistemi, attraverso una serie di regole particolari e soprattutto col gioco dei limiti, vengono a determinare il contenuto della *property* immobiliare in modo più o meno notevolmente diverso da quello della *property* mobiliare. Si può anzi affermare che lo sviluppo dell'economia e della tecnologia, da una parte, e la crescente ingerenza dello Stato e quindi del diritto nelle attività economiche e sociali, dall'altra, hanno promosso una sempre più profonda differenziazione normativa, non solo tra *property* immobiliare e *property* mobiliare, ma anche all'interno di esse (p. es. relativamente agli edifici, alle aree fabbricabili, alle foreste, ecc., nel campo immobiliare, agli autoveicoli, ai macchinari, ai combustibili, ai titoli azionari ecc., in quello immobiliare). Si è conservato un unico schema formale, ma in sostanza si è ammesso che esso si concreti in un certo numero di modi diversi intorno ai due poli della *property* immobiliare e di quella mobiliare.

Altre distinzioni delle cose hanno importanza marginale. Devono tuttavia essere ricordate, quella tra cose fungibili e infungibili e quella tra cose consumabili e inconsumabili<sup>21</sup>.

---

*personal property* costituiscono la categoria delle "choses in possession" (ossia suscettibili di possesso), contrapposta alla categoria delle "choses in action", costituito da diritti e in genere da beni incorporali. Si deve notare che, a differenza degli *interests* in land costituenti estates of freehold, quelli costituenti invece leasehold estates, in quanto derivanti da un lease, non rientravano per ragioni storiche e non rientrano nemmeno oggi formalmente nella *real property*, pur riferendosi, come i primi, alla terra. Essi formano, all'interno della *personal property*, la categoria dei "chattels real", in quanto assimilati alle cose mobili chattels), ma "issuing out of or annexed to real estates: of ich they have one quality, viz. *Immobility*, which denominates nem real" (W. BLACKSTONE, 2 *Commentaries of the Laws of England*, Oxford 1766, 386). Assimilate ai chattels real sono pure talune cose mobile come gli *heirlooms*, i *deeds* relativi a fondi e certi animali.

<sup>19</sup> Le cose incluse nella *real property* potevano essere recuperate in natura con una *real action*; ossia con un'azione diretta immediatamente contro la cosa (*res*); quelle incluse nella *personal property* non potevano essere così recuperate, ma in logo vece si otteneva una somma di denaro perseguibili con una *personal action*.

<sup>20</sup> V. *infra*

<sup>21</sup> "Fungibili" sono le cose che il diritto prende in considerazione soltanto nella loro quantità, in modo che quantità uguale di cose diverse della medesima specie sono trattate come se fossero la medesima cosa; "consumabili", a loro volta, sono quelle che, usate una sola volta secondo la loro destinazione economica, non esistono più nel patrimonio di chi se ne è servito perché o distrutte o allineate. Queste distinzioni sono di origine umana, ma si sono diffuse nella maggior parte dei sistemi giuridici.

### 3. *Aggregati di cose*

Le cose hanno una funzione economico-sociale e sono quindi prese in considerazione dal diritto, sia nella loro individualità come cose singole e semplici, sia anche come aggregati più o meno strettamente uniti in vista di una comune funzione.

L'aggregato, i cui elementi sono legati da un vincolo più stretto e che, d'altro canto, pone al giurista minori problemi, è la cosa composta. Questa, che risulta dall'unione materiale di più cose semplici, è senza dubbio un oggetto a sé stante, mentre le cose semplici, con cui è stata formata, risultano riassorbite in essa e non costituiscono più un autonomo oggetto di diritti in specie di *property*. Se queste cose semplici appartenevano a diversi soggetti, la loro unione può determinare un mutamento di proprietà (ownership), come si vedrà in materia di accessione e di altri modi d'acquisto della proprietà<sup>22</sup>.

Un diverso aggregato di cose da esaminare è quello che nei sistemi civilistici viene per lo più chiamato universalità di cose. Si tratta di cose, che rimangono fisicamente distinte le une dalle altre, ma risultano unite da una comune destinazione economico-sociale. La traduzione romanistica medievale e moderna, partendo dal modello romano del gregge, si era mostrata incline a considerare cose unitarie anche altri aggregati (biblioteca, raccolte e collezioni varie, ecc.), purché i suoi elementi fossero cose mobili omogenee e venissero impiegate con una destinazione comune ("universitas rerum", "universitas facti").

Ma questa tradizione, nonostante gli sviluppi avuti in campi contigui, non fu in sostanza seguita, riguardo ai complessi ora indicati, se non da qualche sistema, come quello italiano<sup>23</sup>, e quello olandese<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> V. *infra*

<sup>23</sup> Infatti il CC italiano del 1865 si era già distaccato dal modello francese con lo stabilire alcune disposizioni particolari sulle universalità di cose. La nozione di universalità era stata poi approfondita e sviluppata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, finché il CC del 1942 con una norma apposita (art. 816) riconobbe l'universalità come distinto oggetto di *property*, almeno rispetto a dati rapporti giuridici, e la disciplinò in modo particolare sotto vari aspetti (p. es. quelli dell'usucapione o della tutela possessoria). Sul tema cfr. D. BARBERO, *Le universalità patrimoniali* (Milano 1936), 71 ss. 98 ss.; F. DE MARTINO, *Beni*, art. 816 (33); R. RASCIO, *Universalità patrimoniale*, 20 *Noviss. Dig. It.* (Torino 1975), 101. Anche il CC austriaco (§ 302) riconosce l'autonomia della Gesamtsache ("universitas rerum") dalle cose di cui è costituita; tuttavia la nozione ha avuto nel sistema austriaco minori sviluppi che in quello italiano.

<sup>24</sup> Il CC olandese vigente considera unitariamente l'universalità dei beni mobili come oggetto dell'azione possessoria di manutenzione (art. 606). Il progetto del nuovo CC,

Negli altri sistemi civilistici, sia in quelli di tipo francese<sup>25</sup>, sia in quelli di tipo tedesco<sup>26</sup>, non si è andati al di là dell'ammettere che con un unico atto si possono trasferire un complesso di cose omogenee o si possano costituire in blocco diritti su di esso. Senza bisogno né di compiere tanti atti quanto sono le cose, né di indicare analiticamente nell'altro ciascuna di esse. Sotto gli altri aspetti vengono invece in considerazione le cose singole piuttosto che l'aggregato da esse costituito.

In modo ancora più evidente i sistemi socialistici evitano di contemplare l'universalità di cose come specifico oggetto di *property*<sup>27</sup>. E lo stesso deve dirsi dei sistemi di *common law* e, in massima, degli altri sistemi, anche di quelli, come i tradizionali africani in cui l'importanza socio-economica del bestiame avrebbe potuto indurre a conferire unità ai complessi di animali<sup>28</sup>.

Un particolare regime è invece assegnato abbastanza concordemente

---

tenendo anche conto dell'applicazione che questo concetto ha avuto nella giurisprudenza e nella dottrina, riconosce in modo generale la "algemeenheid van goederen" (art. 3.1.1.11.1), dandone una definizione, che comprende anche le universalità di diritti, come i complessi patrimoniali. Sul tema cfr. A.S. HARTKAMP, *Compendium*, 30 s.

<sup>25</sup> Il CC francese dà alcune definizioni di "meubles" (art. 527 ss.), ma menziona l'universalità (analogamente il CC spagnolo; diversamente invece, come si è visto, il CC it. del 1865 e il CC Olandese). Sul tema PICARD, n° 53; MARTY-RAYNAUD, I, n° 291. È da notare tuttavia che il CC francese, art. 615-616., segue la soluzione romana in materia di usufrutto di gregge, stabilendo che l'usufruttuario deve man mano sostituire coi nuovi nati i capi mancanti e che quindi può percepire come frutti solo i nati eccedenti il numero dei mancanti, chiaro riconoscimento dell'unità del gregge.

<sup>26</sup> Il CC tedesco e, fra gli altri, il CC svizzero non menzionano i complessi di cose mobili come oggetto di *property*. In linea teorica ciò dipende dall'idea che l'universalità, in quanto frutto di un processo di astrazione dalle singole componenti corporali, sarebbe un'entità incorporale e come tale, secondo le già riferite concezioni tedesche, non idonea a fungere da oggetto di *property interests* (cfr. ENNECERUS NIPPERDEY, I, 1, § 121, III (p. 769 s.); EICHLER, I, 62). Le singole componenti sono considerate quindi come distinti oggetti di diritto. Nondimeno, in tema di usufrutto, il CC tedesco, § 1048, considera il complesso degli attrezzi, animali, scorte di un fondo come una entità a sé stante, che non muta col mutare dei suoi singoli elementi. Analogamente si ritiene debbono essere trattate le merci facenti parte di un negozio e date a pegno (cfr. F. BAUR, § 55, A I 3bb).

<sup>27</sup> Anche il CC polacco, che è il più vicino alla tradizione romanistica, non menziona le universalità, mentre stabilisce un particolare regime per le cose composte (art. 47) e le cose accessorie a un'altra (art. 51). Nondimeno, in tema di usufrutto, l'art. 257.1 sviluppa l'indirizzo del § 1048 CC tedesco, stabilendo che l'usufruttuario di un insieme determinato di mezzi di produzione può sostituire singoli elementi con altri e che questi ultimi vengono automaticamente ad appartenere al proprietario dell'insieme. Qualcosa di analogo dispone anche il CC ungherese, art. 158.

<sup>28</sup> BENTSI-ENCHILL, 2.6.173, parla bensì dell'importanza del bestiame, ma non menziona nessun particolare regime giuridico degli animali riuniti in mandrie, greggi, armenti.



dai sistemi civilistici alle cose mobili collocate in un fondo o in un edificio per il servizio o la migliore utilizzazione di tale immobile<sup>29</sup>. Quei sistemi infatti trattano queste cose (ad es. gli animali impiegati nella coltivazione, le macchine e gli attrezzi agricoli, le macchine degli opifici, l'arredamento di un albergo, ecc.) come parti dell'immobile a cui ci si riferisce. Il CC francese, art. 524, e quelli da essi derivati si servono in proposito della nozione di "immobile per destinazione"<sup>30</sup>; il CC austriaco, §§294-297 a, e quello svizzero §§ 644-645 parlano di "Zugehör", quello tedesco §§ 97-98 di "Zubehör", quello italiano art. 617-619 di "pertinenza"<sup>31</sup>. La conseguenza è, in ogni caso, che tali cose, finché esiste il loro rapporto con la cosa principale, non solo hanno la medesima qualifica giuridica di queste (e quindi in massima la qualifica di immobili), ma più precisamente si considerano automaticamente oggetto degli stessi atti e degli stessi diritti che riguardano la cosa principale. È ammesso tuttavia che tali cose possano essere oggetto di atti e di diritti distinti e che i diritti dei terzi eventualmente esistenti su di esse siano, a certe condizioni, salvaguardati. Nei sistemi austriaco, tedesco, italiano e in quelli da essi influenzati le cose di cui si tratta non devono essere materialmente congiunte con quella principale; altrimenti sono considerate sue parti a tutti gli effetti, mentre risulta regolato dalle norme sull'accessione (*infra* 1.4). Nel CC francese invece e in quelli da esso influenzati sono inclusi tra gli immeubles par destination sia i mobili posti al servizio dell'immobile senza essere congiunti con questo, sia i mobili "attaches au fonds à perpetuelle demeure".

Nonostante queste e altre sfumature i sistemi civilistici concordano sostanzialmente nel riconoscere possibile un'unità di regime tra la cosa principale e le cose accessorie non materialmente congiunte con essa e si distinguono pertanto da quelli di *common law*. I sistemi di *common law* infatti non conoscono una categoria di meubles par destinations (o Zubehören o pertinenze) che sia distinta da quella di parti di cosa e in massima considerano tali solo le cose materialmente congiunte alla terra o agli edifici ad essa uniti (fixtures). Le cose mobili semplicemente poste al servizio di fondi o di edifici conservano la loro natura di mobili (chattels)

<sup>29</sup> In alcuni sistemi la cosa principale può anche essere mobile.

<sup>30</sup> Analogamente i codici derivati dal francese: cfr. CC it. del 1865 art. 413; CC spagnolo art. 334 n. 4° -7°; CC olandese art. 563. V. anche il progetto di CC olandese, art. 3.1.1.3.1, secondo cui, in mancanza di unione materiale, il legame fra cosa principale e cosa accessoria è determinato dalla coscienza sociale.

<sup>31</sup> Sussistendo questo requisito, vengono quindi incluse tra gli immobili per destinazione anche le cose ornamentali (quadri, statue, ecc.). Il CC italiano, art. 819, riconosce il carattere di pertinenza a cose ornamentali, pur in mancanza di unione fisica.

e rimangono oggetto di *personal property*<sup>32</sup>. In alcuni sistemi socialistici invece le cose accessorie non materialmente unite alla cosa principale hanno un regime analogo a quello previsto nei sistemi civilistici<sup>33</sup>.

#### 4. Beni organizzati per l'esercizio di un'impresa

L'aggregato di cose, su cui più di frequente si è fermata l'attenzione nell'ultimo secolo e specie nei sistemi civilistici è quello organizzato per lo svolgimento di attività commerciali, industriali, finanziarie, in genere per l'esercizio di un'impresa. Si è cominciato, particolarmente in Francia, col dare rilievo alla "clientele", come attitudine a produrre profitti attraverso la vendita o le somministrazioni ai clienti, e si è arrivati a delineare la nozione di "fonds de commerce"<sup>34</sup>, in cui si potrebbero comprendere anche le cose

<sup>32</sup> LAWSON, 21; HARGREAVES, 262; MEGARRY-WADE, 687 ss., che illustra (690) casi in cui si è ritenuta la sussistenza di fixtures, pur in mancanza di una materiale unione all'immobile

<sup>33</sup> Cfr. CC polacco art. 51; C comm. intern. Cecoslovacco art. 17. 1-3; CC ungherese art. 95.2. I Principi dell'URSS e il CC della RSFSR non considerano invece questo tema.

<sup>34</sup> Più recente è la nozione di "enterprise" ("Betrieb", "impresa"), che si è venuta sviluppando nei Paesi industrializzati e che ha tuttora contorni piuttosto vaghi. Naturalmente questi termini, come quelli di "fonds de commerce", "Unternehmen", "azienda", sono sorti nel linguaggio degli affari e dell'economia e, se vengono recepiti nel campo del diritto, senza adeguata elaborazione concettuale e corrispondente, benché stipulatoria, precisazione di significati, risultano vaghi e polivalenti. Anzi i due gruppi di termini possono apparire sinonimi, sicché un punto essenziale da fissare è quello della distinzione tra "enterprise" e "fonds de commerce" (tra "Betrieb" e "Unternehmen", tra "impresa" e "azienda"); e dovrebbe essere una distinzione, che non dipendesse soltanto dalle dimensioni (grande o piccola), né soltanto dalla natura dell'attività (industriale p. es. o commerciale). Non è tuttavia un compito facile, poiché "enterprise" ("Betrieb" "impresa") è termine ancora più oscillante e variabile di "fonds de commerce" ("Unternehmen", "azienda"). In Francia ad es. la legge 61-1378, 19 dec. 1961 attribuisce all'enterprise la natura di "oggetto" (cfr. G. RIPERT, *Traité elem de droit commercial*, VIII ed. a cura di R. ROBLET, Paris 1974, 205); ciò evidentemente renderebbe impossibile una chiara distinzione da "fonds de commerce", che anch'esso è per lo più trattato alla stregua di oggetto, come infatti qui si presuppone. Altri significati sono, comunque, attribuiti a "enterprise" (e simili termini). In Germania (RFT) si tende a vendere tra Betrieb e Unternehmen e si ammette la possibilità che un Unternehmen comprenda più Betriebe (E. JACOBI, *Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe* (1926); H. NEUMANN-DUESBERG, *Betriebsverfassungsrecht*, Berlin 1960, 9 e n. 19; 159 s.; H.C.R. DIETZ-RICHARDI, *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnungen* (5 ed München 1973) § 1 n. 49-50 (p. 83). Ciò evidentemente non giova a chiarire la nozione di Unternehmen, quale oggetto, essi trova, d'altro canto, in contrasto con la nozione di Betrieb quale soggetto accolta nella RDT. In Italia, dove il CC del 1942 ha tutto un titolo imperniato sull'impresa,

materiali (locali, impianti, merci) e i rapporti giuridici (relativi ai brevetti e ai marchi o derivanti da contratti di affitto o di lavoro). Ma il rapporto fra questi vari elementi è rimasto piuttosto vago, così come non è stata chiaramente spiegata la ragione per la quale il *fonds de commerce*, anche se non lo si identifica con la *clientèle* viene in prevalenza considerato cosa incorporale<sup>35</sup>.

è molto diffusa l'opinione che intende l'impresa come "attività organizzata" (cfr. già A. ASQUINI, *Sulle nuove disposizioni del diritto commerciale*, 40 *Riv. Dir. comm.*, I, 66 (1942); di recente V. PANUCCIO, *Teoria giuridica dell'impresa*, Milano 1974, 117 ss.); ma nello stesso tempo l'impresa è vista anche come "istituzione" e quindi potenzialmente come "soggetto" (cfr. lo stesso A. ASQUINI, *Profili della impresa*, 41 *Riv. dir. comm.*, I, 16 ss. (1943); di recente R. FRANCESCHELLI, *Imprese e imprenditori*, Milano 1970, 306. F. SANTORO PASSARELLI, *Soggettività dell'impresa*, in *Id. Libertà e autorità nel diritto civile – Altri saggi* (Padova 1977), 245-49) ed ha avuto inoltre molta rilevanza la tesi che concepisce l'impresa con "diritto" o "diritto d'impresa" (cfr. R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema della impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, 54 *Riv. dir. comm.*, I, 182 ss. (1956); D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano 1970, 238 ss.). Espressamente come "soggetto" l'impresa è considerata dai Trattati europei (Trattato CECA, art. 33-36, 60, 65, 66; Trattato CEE, art. 52, 80, 85, 86; Trattato EURATOM, art. 17, 24, 40). Altrettanto avviene nei sistemi socialistici (Principi dell'URSS art. 112; CC della RSFSR art. 24; CC polacco art. 33.1.2. C. comm. intern. Cecoslovacco art. 8.1; CC ungherese art. 311; CC della RDT § 11.1. Sul tema ampiamente V. GSOVSKI, *Soviet Civil Law* (Ann Arbor 1948), I, 339 ss.; G. CRESPI REGHIZZI, *L'impresa nel diritto sovietico* (Padova 1969). È degno di nota, per altro, che nell'elenco dei beni compresi nella *property* socialista talune costituzioni (p. es. cost. della RDT art. 12) e taluni codici (p. es. Principi URSS art. 21-24; CC della RSFSR art. 95-96, 100) includano anche le imprese, considerate in questo caso come "oggetto", ciò potrebbe dipendere soltanto da povertà lessicale, non essendo in uno due termini che possano servire l'uno a indicare l'impresa come soggetto, l'altro l'insieme dei beni e dei rapporti giuridici concepito o concepibile come oggetto unitario (in russo ad es. viene usato nei due casi "predprijatija", in polacco "przedsiebiorstwo"); ma la confusione si nota anche nella legislazione della Repubblica Democratica Tedesca: cost. art. 12 ("Industriebetriebe" fra i beni oggetto di Volkseigentum), cost. art. 41, CC § 11.1 ("Betriebe" come soggetti), sebbene la lingua tedesca usi in materia anche altri termini. Solo la più recente Cost. dell'URSS (1977) art. 11, indica come oggetto, della proprietà socialista dello Stato, non l'impresa (predprijatija), ma i beni (imuscestvo) delle imprese e delle organizzazioni di servizi. Risulta pertanto chiara, da un punto di vista generale, l'esigenza di stabilire, in via di stipulazione definitiva, che "enterprise" ("Betrieb", "impresa", forse anche il russo "predprijatija", pur nella varietà dei suoi possibili significati, non indica in nessun modo qualcosa che appartenga al campo degli "oggetti" e che per questo significato si usano altri termini (p. es. "fonds de commerce", "Unternehmen", "azienda").

<sup>35</sup> G. RIPERT, *Traité cit.*, 336 spiega che "*le fonds de commerce est une propriété incorporelle consistant dans le droit de clientèle qui est attaché au fonds par des éléments (outillage, marchandises, nom et enseigne, droit au bail, brevets et marques) servant à l'exploitation*" (v. anche 348); J. CALAIS – AUBRY, J.M. MOUSSERON, *Les biens de l'entreprise*, Paris 1972, considerano invece apertamente il *fonds de commerce* «un ensemble de biens» (103) e

L'analisi del fenomeno è stata condotta più a fondo nei sistemi tedesco e austriaco e in quello italiano. Ivi, accanto a tesi che negano l'unità di tale aggregato (chiamato "Unternehmen" o "azienda")<sup>36</sup> e accanto ad altre che vi ravvisano invece un'universalità di cose<sup>37</sup> o un complesso di diritti ("universitas iuris" o "iurium", "patrimonio di destinazione")<sup>38</sup>, è stata sostenuta anche quella che attribuisce ad esso natura incorporale. A questa conclusione possono indurre sia il general orientamento tedesco in materia di universalità, sia, più specificamente, la valutazione dell'azienda come creazione intellettuale, frutto dell'iniziativa e dell'attività organizzatrice dell'imprenditore<sup>39</sup>.

vedono nella clientèle solo «un élément du fonds de commerce» (107), ma escludono da esso, conferomamente alla giurisprudenza costante, sia il denaro e «les créances en espèces», sia (sulla base della L. 17 agosto 1909) gli immobili (106) e concludono (114 ss.) che «le fonds de commerce est un meuble incorporel», pur parlando anche di «universalité de fait». In effetti la pluralità degli elementi era stata già considerata causa dell'incorporalità del fonds de commerce (in coincidenza con le idee tedesche circa la natura della Sachgesamtheiten) da A. COHEN, *Traité théorique et pratique des fonds de commerce* (Paris 1948), 18 s.; e da J. ESCARRA, *Cours de droit commercial* (Paris 1952), 171 s. Sul tema v. anche J. GUYÉNOT, *Le fonds de commerce* (Paris 1969); DOUFFRET, *Fonds de commerce*, Rép. Dalloz – *Droit commercial et Sociétés*, n. 1161.

<sup>36</sup> In questo senso prevalentemente EICHLER, I, 63 ss. che sottolinea l'impossibilità di trasferire l'Unternehmen con un solo atto. In verità le tesi atomistiche sono più frequenti in Germania e in Austria che in altri sistemi civilistici, anche se la tendenza a concepire l'Unternehmen in modo unitario si vada diffondendo in questi Paesi specie tra i cultori del diritto commerciale. Tali tesi non sembrerebbero invece più ammissibili in Italia, dopo che il CC, art. 255, ha riconosciuto l'unità del complesso dei beni organizzati per l'esercizio di un'impresa, pur ammettendo (art. 2556) l'applicabilità di norme diverse per il trasferimento di taluni beni componenti l'azienda. Nondimeno T. RAVÀ, *Diritto industriale*, I (Milano 1973), 271 ss, 396 ss., aggira questo ostacolo, escludendo che l'azienda funga mai da oggetto.

<sup>37</sup> Di "universitas facti" parlano anche, come si è visto, CALAIS-AUBRY, MOUSSERON, *Biens de l'Enterprise* cit., 114 s., che pur ravvisando in definitiva nel fonds de commerce un "meuble incorporel". Chi tuttavia sostiene attualmente la tesi dell'universalità, pensa a un'universalità di nuovo tipo, che, a differenza da quella contemplata dall'art. 816 CC italiano, comprende elementi eterogenei: cfr. M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, 10, 1, Trattato di dir. civ. fondato da F. VASSALLI (Torino 1974), 350 ss.

<sup>38</sup> Cfr. già F.I. BEKKER, *Zweckvermögen, insbesondere Peculium, Handelsvermögen und Aktiengesellschaft*, 4 *Zeitschr. f. das gesamte Handelsrecht*, 500 ss. (1861); .G. FADDA-P.E. BENSÀ, Note a ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Lehrbuch*, I, 1, 3, § 133 (p. 849 ss.) SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile* (9<sup>a</sup> Ed., Napoli 1966), 85 ss. Anche in Francia questa tesi aveva trovato favorevole accoglienza: cfr. VALÉRY, *Maison de commerce et fonds de commerce*, in *Annales de droit commercial*, 209 ss (1902)

<sup>39</sup> Cfr. H. OPPERIKER, *Das Unternehmen in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung* (Tübingen 1927), 20 s.; R. MÜLLER-ERZBACH, *Deutsches Handelsrecht* (3 ed.

È dunque in corso, nei sistemi civilistici, un processo che tende alla configurazione del fonds de commerce (Unternehmen, azienda) come oggetto unitario; ma il processo tuttora non è concluso e le vie percorse per concluderlo rimangono varie e quindi incerte. Forse le esigenze pratiche di dare a tali aggregati una configurazione unitaria si sono parecchio attenuate negli ultimi decenni per la pratica scomparsa degli imprenditori individuali e il grande prevalere delle imprese facenti capo a società per azioni. In queste imprese infatti i problemi degli atti e dei rapporti giuridici relativi al complesso dei beni organizzati possono in buona parte evitarsi grazie ai meccanismi delle società per azioni<sup>40</sup>. Ciò può avere rallentato la ricerca delle migliori vie per raggiungere l'unificazione e superare le accennate incertezze. Sta, comunque, di fatto che le incertezze sui modi di concepire tale aggregato come oggetto unitario si riflettono sul tipo di diritti, che si immagina possano sussistere su di esso.

Si parla comunemente in Francia di "propriété" del fonds de commerce, ma non è sicuro che questo termine sia inteso in senso stretto e tecnico<sup>41</sup>. Nel diritto tedesco, d'altra parte, tanto l'idea che l'Unternehmen sia un'universalità di cose quanto quella che esso abbia, di per sé, natura

---

Leipzig 1928), 72 ss.; ID., *Das Unternehmen und die Unternehmer und Abnehmerfreiheit*, 7 *Juristenzeitung*, 193 s. (1952); F. BRECHER, *Das Unternehmen als Rechtsgegenstand* (Bonn 1953), 13., secondo cui l'absolutes Herrschaftsrecht sull'Unternehmen come oggetto non è né "Sachenrecht" né (Gesamt-) Immaterselgüterrecht", ma "Gegenstandsrecht höherer Ordnung", tutelabile in base al § 823, I, CC tedesco (responsabilità per atti illeciti); H. HUBMAN, *Das Recht am Unternehmen*, 107 *Zeitsch. F. das gesamt. Handelsrecht*, 41 ss. (1955), che tuttavia conclude per la concezione atomistica, mancando nel dritto tedesco un riconoscimento dell'Unternehmen come oggetto unitario; G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso, abitazione*, 4, 5 *Trattato di dir. civ.* fondato da F. VASSALLI (II ed., Torino 1972), 696 s. che ritiene per altro plausibile anche la tesi che ravvisa nell'azienda un'universalità di nuovo tipo.

<sup>40</sup> Per es. il trasferimento dell'intero aggregato può essere surrogato, ai fini pratici, dal trasferimento delle azioni costituenti il "pacchetto di controllo". Nel caso in cui un pacchetto di controllo non esista o non sia possibile, data l'enorme dispersione delle azioni, il trasferimento del potere di controllo e gestione dell'impresa da un gruppo dirigente a un altro può anche ottenersi col trasferimento delle azioni e delle deleghe, di cui il primo dispone e che gli bastano per dominare la società o corporation. E possono immaginarsi accordi più limitati; ma di portata sufficientemente ampia, come quelli aventi ad oggetto la cooptazione di un nuovo manager nel consiglio d'amministrazione e la sua successiva nomina a amministratore delegato o a presidente. Certo è che trasferimenti in blocco di un'azienda gestita da una società per azioni o da una corporation, o costituzioni in blocco su di essa di diritti di uso e godimento, risultano estremamente rari.

<sup>41</sup> G. RIPERT, *Traité* cit., I, 343 parla ad es, di "propriété incorporelle"; ed è una formula, che è stata più facilmente accettata con riguardo al fonds de commerce, in quanto era già divenuta familiare l'idea di una "propriété littéraire et artistique". Ma il valore tecnico di questa idea è piuttosto dubbio, come si dirà.

incorporale porterebbero per le ragioni ormai note a escludere l'esistenza di una proprietà di diritti reali su di esso<sup>42</sup>. In Italia, dove i requisiti della proprietà e dei diritti reali sono, sotto questo riguardo, meno rigorosi, potrebbero ammettersi, e in effetti largamente si ammettono, anche in base al tenore degli art. 2556, 2561 CC, sia la proprietà sia altri diritti reali sulla azienda, ma guadagnano terreno, anche qui come i Paesi tedeschi, le tesi che concepiscono in modo diverso i possibili diritti dell'imprenditore sull'azienda<sup>43</sup>. Questi diritti tuttavia sarebbero ugualmente diritti assoluti, in quanto opponibili a terzi, e non potrebbero per questa ragione equipararsi a meri diritti di credito o di obbligazione. Poiché inoltre essi hanno ovviamente natura patrimoniale, finirebbero pur sempre per rientrare nella *property*, quale è concepita dai sistemi civilistici.

I sistemi di *common law*, poco inclini all'unificazione concettuale e giuridica degli aggregati di cose e incoraggiati nel nostro caso a trascurarsi anche dalle possibilità offerte dalla struttura e dal funzionamento delle companies e delle corporations, non si pongono nemmeno il problema della definizione del business come oggetto unitario, ma riconoscono invece l'esistenza del goodwill, inteso come l'attitudine dei beni organizzati e di quanto vi si produce o vi si vende a attirare abitualmente clienti e a procurare quindi profitto<sup>44</sup>. Vengono così ammesse la vendita e la compera

<sup>42</sup> V. *retro*, *Introduzione*, par. 2; v. anche più avanti. Indubbiamente questa difficoltà favorisce le concezioni atomistiche, poiché determina un'eterogeneità fra i tipi di diritti che potrebbero riferirsi al complesso unitario o all'elemento che lo unificherebbe e i tipi di diritti che sono invece riferibili alle singole componenti. Cfr. tuttavia fra gli altri, R. MÜLLER-ERZBACH, *Das Unternehmen*, cit., *Unternehmen und die Abneha Juristenzeitung* 193 ss (1952), che sostiene una concessione unitaria e configura il diritto sull'Unternehmen come diritto assoluto diverso dalla proprietà; F. BAUR, § 28, che considera l'Unternehmen oggetto di un diritto patrimoniale paragonabile alla proprietà.

<sup>43</sup> Cfr. R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa* cit., 54 *Riv. dir. comm.*, I, 177 ss. (1956); ID., *Il trasferimento di impresa nella sistematica delle leggi di nazionalizzazione*, 67 *Riv. dir. comm.*, I, 273 ss. (1969); D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica* cit., 238 ss.; nonché particolarmente gli autori tedeschi citati nella nota precedente propensi a un dir. patrimoniale sull'Unternehmen. Del tutto alieno invece dal concepire l'azienda come possibile oggetto sia di proprietà sia di qualunque altro diritto è T. RAVÀ, *Diritto industriale*, I, cit. 271, ss., 396 ss., il quale, rovesciando in un certo modo i rapporti fra azienda e impresa (*supra* n. 109), propone una "costruzione dinamica" dell'azienda e finisce con l'identificare questa con un'attività possessoria".

<sup>44</sup> RAFFETY 360 "The goodwill of a business is the whole advantage of the reputation and connexion formed with customers together with the circumstances, whether of habit or otherwise, which tend to make such connexion permanent"; P.G. OSBORN-S.T. GRANDAGE, *The Concise Commercial Dictionary* (London 1966), 101, "Goodwill... as the probability that old customers will continue to resort to the place of business" (ivi citazione da W.A. PATON, *The Accountant's Handbook*: goodwill as "the value of all the favourable attitudes

del goodwill, sia insieme coi premises (locali attrezzati), in cui si svolge l'attività economica, sia anche separatamente da essi<sup>45</sup>; e si ritiene che il suo acquisto conferisca al destinatario “an exclusive right to carry on the business transferred, the exclusive right to represent himself as carrying on such business and, as against the transferor, the exclusive right to use the name under which the business has been carried on”<sup>46</sup>. Considerato poi l'indubbio carattere patrimoniale del goodwill e dei diritti che con esso si trasferiscono, è ovvio trarne il corollario che essi rientrano nella *property*. I dubbi che possono aversi nei sistemi civilistici, in cui il campo della proprietà e dei diritti reali è più ristretto di quello della *property*, non hanno ragione d'essere nei sistemi di *common law*. E infatti viene esplicitamente affermato in questi ultimi sistemi che il goodwill è una specie di persona *property*<sup>47</sup>.

---

impinging upon the concern including with the customers the employees and other groups associated with the enterprise”). Bisogna per altro notare che, adottando il concetto di “fund” delineato da LAWSON, 6, 30 s., il complesso di beni (corporali e incorporali) impiegati da una company nell'esercizio della sua attività economica potrebbe essere considerato un unitario e autonomo oggetto di *property* (corrispondente, assai più che non il solo goodwill, a quello che nei sistemi civilistici è il fonds de commerce o l'Unternehmen o l'azienda). Il Lawson spiega infatti che il “capital of a company”, composto di “buildings and plants”, “debts”, “stock-in-trade and even the patent it exploits”, costituisce un “fund”, ossia una “collection of things” o una “abstract entity”, i cui “component parts ... can be changed from time to time without changing the identity of the fund” e che a certi fini può essere trattato come un oggetto unitario.

<sup>45</sup> *Inland Revenue Commissioners v. Muller & Co.s Margarine Ltd.*, (1901) A.C. 217, H.L. a p. 230-31, per Lord Brampton

<sup>46</sup> MC EWEN and GOODHARD, *Trade and Labour*, 38 *Halsbury's Laws of England* (3° ed., London 1962), 12, che citano *Walter v. Mottram* (1881), 19 Ch. D 355 C.A. a p. 363. Il diritto che così si immagina trasferito all'acquirente del goodwill corrisponde sostanzialmente a quello che in Francia e in Italia spetta all'acquirente di un fonds de commerce o di un'azienda e potrebbe anche essere chiamato, secondo la terminologia di NICOLÒ (*supra* nn. 109, 117), “diritto d'impresa”. Se ne può dedurre che al goodwill viene attribuito un contenuto più ampio di quello, che si riscontra negli elementi ad esso ritenuti equivalenti in Francia e in Italia, ossia l'achalandage, la clientela, l'avviamento, pur essenziali per la sussistenza del fonds de commerce o dell'azienda: di cessione della clientela si parla in Francia, più o meno esattamente, rispetto ai viaggiatori e rappresentanti di commercio e ai liberi professionisti che non hanno un fonds de commerce da potere cedere (cfr. MARTY-RAYNAUD, II, 2, 426 e sentenze cit. alle nt. 3-5). Una nozione di avviamento più strettamente penetrata con quella di “azienda” (e quindi, sotto questo aspetto, più simile al goodwill, inteso come sopra) si ritrova in T. RAVÀ, *Diritto industriale*, I, 262, s.; ma in realtà per questo autore, come si è visto, l'azienda (e con essa l'avviamento) non è un bene, ossia un oggetto di diritti, bensì un'attività.

<sup>47</sup> RAFFETY, 360 s.; LAWSON, *Introduction*, 26, che lo considera “the right to enjoy advantages

Nei sistemi socialistici il tema di questo paragrafo si presenta ovviamente sotto una luce particolare, poiché i beni organizzati per l'esercizio di un'impresa sono, per definizione, mezzi produttivi e quindi, salvo limitatissime eccezioni<sup>48</sup>, oggetto di *property* socialista. È, d'altro canto, ugualmente ovvio che l'organizzazione di tali beni assume anche in questi sistemi una sicura rilevanza. Infatti taluni fra i beni compresi nel complesso organizzato intrinsecamente potrebbero, se isolati gli uni dagli altri, essere oggetto di *property* personale, ma, entrando nel complesso organizzato, diventano automaticamente mezzi produttivi e quindi oggetto di *property* socialista o, in casi eccezionali, di *property* privata<sup>49</sup>; e correlativamente i prodotti di tale complesso organizzato, una volta usciti dall'azienda e acquistati dai clienti, potrebbero, se non costituiscono a loro volta mezzi di produzione, cessare di costituire oggetto di *property* socialista o privata e diventare *property* personale. Deve rilevarsi, d'altro canto, che nei sistemi socialisti il problema di stabilire se si formi o no, attraverso tale organizzazione, un unitario oggetto di diritti non è stato considerato con particolare attenzione. Le norme delle costituzioni e dei codici presuppongono l'unità, in quanto parlano di "imprese" come di beni sottoposti specificamente alla *property* socialista; ma l'effettiva rilevanza di questa unità, in quanto punto di riferimento di diritti e di atti giuridici, non viene ulteriormente precisata. La ragione è che la attenzione è invece concentrata sulle "imprese" come persone giuridiche, a cui lo Stato affida la gestione dei beni organizzati, valendosene come di strumenti per l'attuazione della propria politica economica. E il fatto che i beni organizzati, con una significativa confusione terminologica, siano chiamati

---

*of an established trade connexion*" e correttamente lo include tra le choses in action. Del resto, anche se non venisse considerata per sé stesso un diritto, ma un bene oggetto di diritti, il goodwill dovrebbe ugualmente venire incluso tra le choses in action, poiché questa categoria, essendo definita "by subtraction", comprende "all rights and incorporeal things, not being chattels real or choses in possession" (CROSSLEY VAINES, 11). Il goodwill non si riferisce infatti direttamente a fondi (a cui invece si riferiscono i chattels real) e, in quanto incorporeale, non è suscettibile di possesso. CROSSLEY VAINES, 11-14, non menziona tuttavia espressamente il goodwill.

<sup>48</sup> Esse riguardano beni organizzati di modesto valore, la cui gestione produttiva (attinente all'agricoltura, allevamento, artigianato, servizi) avvenga esclusivamente (p. es. Cost. dell'URSS (1977) art. 13.2; 17; Principi dell'URSS art. 25.3; 27; CC della RSFSR art. 112, 113, 115) o prevalentemente (p. es. CC della RDT 23.2) col lavoro personale del titolare e dei suoi familiari.

<sup>49</sup> È in proposito da ricordare la differenza esistente nei sistemi socialistici fra proprietà personale e quanto rimane di proprietà privata in senso capitalistico.



anche essi “imprese”<sup>50</sup> conferma appunto la scarsa attenzione dedicata dal diritto a questo diverso aspetto del fenomeno socio-economico.

### 5. *I diritti patrimoniali come beni incorporali*

L'esame fin qui compiuto ha condotto, fra l'altro, a mettere in risalto la possibilità che esistano beni economici incorporali, a cui i sistemi giuridici (sia pure con la particolare eccezione del diritto tedesco) riconoscano la natura di oggetto di *property* o di *property rights*. Occorre ora esaminare più da vicino questo tema.

Già il diritto romano va contrapposto alle cose corporali quelle incorporali (*res incorporales*), nelle quali aveva ravvisato i diritti con contenuto economico e quindi di natura patrimoniale<sup>51</sup>. Attraverso la compilazione giustiniana, che aveva accolto tale impostazione, la categoria della cosa (o, come poi si disse, dei beni) incorporali e la loro identificazione coi diritti aventi contenuto economico passarono nella tradizione romanistico-medievale e moderna, giungendo ai legislatori che elaborarono il codice francese e quello austriaco<sup>52</sup>, diffondendosi nei sistemi civilistici<sup>53</sup>. Anche negli altri sistemi giuridici, pur non direttamente influenzati dalla tradizione romanistica, come in specie quelli di *common law*, i diritti patrimoniali sono in massima compresi fra i beni oggetto di *property*<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> *Supra* nt. 35

<sup>51</sup> Tale era stata in particolare l'impostazione delle Istituzioni di Gaio, 2, 12-14, ripresa dalle Istituzioni di Giustiniano. Il fatto che tra le *res incorporales* Gaio includesse solo diritti diversi dalla proprietà e solo quelli che avessero contenuto economico mostra che con le due categorie (delle *res corporales* e delle *res incorporales*) egli intendeva abbracciare tutti e soltanto gli elementi che potevano costituire il patrimonio di un *pater familias*, tutti e soltanto i suoi beni.

<sup>52</sup> CC francese art. 517, 526, 529 e, su questo modello, CC it. del 1985, art. 407, 415, 418; CC spagnolo art. 334; CC olandese art. 555; progetto del nuovo CC olandese art. 3.1.1.0. (secondo cui i *goederen* sono “*alle zaken en alle vermogenrechten*”). Analogamente, e anzi riallacciandosi più direttamente dalla tradizione romanistica, il CC austriaco §§ 292, 298, che contrappone alle cose corporali (che cadono sotto i sensi) quelle incorporali, fra cui indica a titolo di esempio il diritto di caccia, di pesca “*und alle andere Rechte*”.

<sup>53</sup> Anche il CC tedesco, che, come si è visto, limita in linea di principio l'oggetto della proprietà e dei diritti reali alle sole cose corporali, ammette poi che i diritti fungano da oggetto di diritti reali come quelli di usufrutto e di pegno (§§ 1068-1048, §§ 1273-1296).

<sup>54</sup> Nei sistemi di *common law* essi sono oggetto di *personal property* e vengono compresi nella

Bisogna notare che un orientamento piuttosto diffuso ritiene che l'espressione "diritto su un diritto"<sup>55</sup> non sia da intendere alla lettera, ma come un modo abbreviato per indicare un dato rapporto fra il primo diritto e il secondo. Il rapporto si precisa nel senso che il primo diritto comprende (o corrisponde a) una parte, più o meno rilevante, del contenuto del secondo. Da ciò si è ritenuto di potere desumere che l'oggetto del primo diritto non è il secondo diritto, bensì lo stesso oggetto a cui questo secondo diritto si riferisce<sup>56</sup>. Ma la realtà è più complessa. Il primo diritto si connette bensì a tale oggetto, ma solo in via mediata, ossia attraverso il diaframma del secondo diritto; e questo secondo diritto funge quindi anch'esso da oggetto, anzi da oggetto immediato del primo diritto<sup>57</sup>. Ugualmente complesso è il problema relativo al contenuto del primo diritto; e se esso è di natura obbligatoria, perché tale è la natura del secondo diritto (p. es. un diritto di credito), anche il primo diritto avrà un contenuto obbligatorio. Tuttavia, se, come si deve supporre dal nostro punto di vista, il primo diritto è un *property rights*, ossia in senso civilistico un diritto reale (p. es. di usufrutto o di pegno), esso non potrà rivolgersi interamente in un diritto di natura obbligatoria (p. es. in un diritto di credito), ma avrà di necessità

---

categoria delle choses in action, contrapposta, come si è detto (supra 1.2.6.), a quella delle choses in possession (LAWSON, *Introduction*, 22 ss.; CROSSLEY VAINES, 11 ss.)

<sup>55</sup> La formula "Recht an Rechten" è divenuta tecnica nella pandettistica tedesca dell'Ottocento: cfr. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts* (8<sup>a</sup> ed. a cura di TH. KIPP, Frankfurt 1900), I, 184 ss. e ivi bibliografia.

<sup>56</sup> Questa idea sotto l'influenza di parte della dottrina tedesca dell'Ottocento, si è largamente diffusa nella dottrina italiana (v. p. es. F. FERRARA, *L'usufrutto dei crediti*, 38 *Riv. it. sc. giur.*, 385 ss. (1904), che cita vari autori tedeschi; MESSINEO I, 147 ss.; MAIORCA, *L'oggetto dei diritti* (Milano 1939) 49 s.; G. PUGLIESE, *Usufrutto*, 731). L'idea tradizionale, che considera al contrario il secondo diritto unico oggetto del primo, è stata recentemente ribadita da B. BIONDI, *I beni*, 4, 1 *Trattato di dir. civ.* fondato da F. VASSALI (2<sup>a</sup> ed., Torino 1956), 26 ss., e riproposta in una nuova forma da R. SAVATIER, *Essai d'une presentation nouvelle des biens incorporels*, 56 *Rev. Trim. de droit civ.* 331 ss. (1958).

<sup>57</sup> Questo è stato esattamente visto dalla dottrina tedesca; cfr. O.V. GIERKE, *Deutche Privatrecht I* (Leipzig 1895), 273 e nt. 14, che non esita a concepire i cosiddetti "Recht an Rechten" come diritti reali su cose incorporali; EICHLER, II, 2, 575 s. che considera le norme del CC tedesco sull'usufrutto e sul pegno di diritti una deroga al principio secondo cui diritti reali possono costituirsi solo su cose (corporali); ENNECERUS-NIPPERDEY, *Lehrbuch*, I, § 77, I, 5 (p. 451 s.); WOLF-RAISER, *Lehrbuch*, III, § 120, I, (p. 482), che dichiarano anzi "oziosa" ("müssig") la questione dell'oggetto, ma vi rispondono nel senso indicato nel testo. V. anche F. DE MARTINO, *Beni*, 3; *Id.*, *Dell'Usufrutto*, in *Commentario del cod. civ.* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, (3<sup>a</sup> ed., Bologna-Roma 1961) art. 100 (p. 244 ss.). S. PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico* (Milano 1962), 103 s.; MARTY-RAYNAUD, II, 2, 10 s.

anche qualche aspetto reale<sup>58</sup>.

Pur non intendendo quindi alla lettera la formula del “diritto sul diritto” e disconoscendo la qualificazione del secondo diritto come unico oggetto del primo (giacché opera come oggetto mediato di questo il medesimo oggetto di quello), si deve nondimeno ammettere che il secondo funge anch'esso da oggetto di un *property right*, ossia costituisce ciò che con terminologia civilistica deve dirsi un bene. E poiché esso può consistere in un diritto di obbligazione, in particolare in un diritto di credito, se ne deve dedurre che anche i diritti di credito, in quanto oggettivati e quindi per certi aspetti idonei a divenire oggetto di un diritto di tipo reale, possono ritenersi fare parte della “*property*”. Ciò naturalmente vuole soltanto dire che, grazie alla polivalenza del termine “*property*”, si dà ad esso il senso di “bene”<sup>59</sup>. Se, viceversa, sempre per quella polivalenza, si intendesse “*property*” nel senso di “diritto inerente ai beni”, allora, ragionando coi criteri civilistici, bisognerebbe escludere che i diritti di credito e in genere quelli di natura obbligatoria facciano parte della *property*<sup>60</sup>. In altri termini, solo in quanto idoneo oggetto di dati diritti reali i diritti di credito costituiscono *property* nel senso di “bene”; presi invece per sé stessi, non costituiscono, sempre secondo l'ottica civilistica, *property* nel senso di “diritto”. Essi infatti, poiché non operano nei confronti dei terzi, ossia non sono assoluti, vengono dai civilisti tenuti distinti dalla proprietà e dai diritti reali, ossia dai diritti che operano nei confronti dei terzi e sono assoluti. Solo questi ultimi, secondo i civilisti, costituiscono *property* nel senso di “diritto”.

La prospettiva naturalmente è diversa nei sistemi di *common law*.

<sup>58</sup> Insistono sulla natura obbligatoria del diritto reale (in specie dell'usufrutto) su un credito F. FERRARA, *Usufrutto dei crediti* cit., 304 ss.; WOLFF-RAISER, *Lehrbuch*, III, § 120, I (p. 482); K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerl. Rechts* München 1967), 439; nonché, con riguardo al diritto della Louisiana, A.N. YIANNPOULOS, *Personal Servitudes*, Louisiana Civil Law Treatise (St. Paul Minn., 1968), 136. Aspetti reali sono non dimeno messi particolarmente in luce da EICHLER, II, 2, 576 e, soprattutto con riguardo all'estinzione per mancato esercizio prolungato nel tempo, da G. PUGLIESE, *Usufrutto*, 740, 751 s.

<sup>1</sup> Invero, come in questo caso si applicherà all'usufrutto di un credito l'estinzione per non uso propria dei diritti reali, così nel caso di pegno di un credito si ammetterà che il titolare faccia valere il suo diritto di garanzia rispetto agli altri creditori del debitore.

<sup>59</sup> La polivalenza di “*property*” è stata già sottolineata (v. in specie *infra* 1.1.1) e si è pure messo in luce che fra i vari significati del termine ve n'è uno analogo a quello civilistico di “bene”. Un altro significato simile a quello civilistico di “beni” al plurale (lat. “*bona*”) = “patrimonio”; e anche in questo secondo significato “*property*” si possono dire compresi, dal punto di vista civilistico, i crediti

<sup>60</sup> Ciò emergerà meglio dall'analisi degli elementi di cui i *property rights* (come sono intesi nei vari sistemi) risultano composti.

Anch'essi, beninteso, conoscono la distinzione tra diritti patrimoniali opponibili ai terzi (in rem) e diritti patrimoniali opponibili solo a una determinata persona (in personam)<sup>61</sup>; ma non attribuiscono alla distinzione lo stesso valore essenziale che vi attribuiscono i civilisti. E soprattutto non danno a "property" l'unico significato di "bene". Di conseguenza, non solo i diritti che nei sistemi civilistici sono chiamati reali, ma anche quelli, che in tali sistemi sono chiamati di obbligazione, fanno parte della *property*. In particolare i crediti di denaro (debts) e più ampiamente i diritti di natura obbligatoria, nati sia da contratto<sup>62</sup> sia da disposizione testamentaria, sono considerati choses in action e rientrano nella *personal property* intesa in tutti i suoi possibili sensi. Non distinguendosi in questi ultimi la *property* come "bene" dalla *property* come "diritto", ivi i diritti di natura obbligatoria fanno indiscriminatamente parte della *property* (come "bene" e insieme "diritto"). Nei sistemi civilistici, invece, in cui quella distinzione si fa, i crediti di denaro e gli altri diritti di natura obbligatoria possono considerarsi beni, in quanto, visti come entità obiettiva, valgono come possibile oggetto di altri diritti, mentre, visti come attribuzioni del soggetto, non costituiscono diritti regolati da quello che è il *law of property* per i sistemi civilistici. Molto simile alla posizione civilistica è in proposito quella dei sistemi socialisti. I diritti aventi contenuto economico rientrano fra i beni e sono quindi, a loro volta, oggetto di diritti. Ciò è detto esplicitamente in alcuni codici, come il codice civ. polacco, art. 44, e il codice cecoslovacco del commercio internazionale, art. 13, 1, ma emerge esplicitamente dai principi degli altri sistemi socialisti. Ora, fra i diritti che possono avere come oggetto altri diritti, ve ne sono indubbiamente che rientrano nella *property*; e la *property* di cui si tratta può essere tanto *property* personale e *property* privata quanto, almeno in teoria, *property* socialista o sociale.

Esempi di *property* socialista o sociale, il cui oggetto sia costituito da diritti, possono aversi, quando diritti di soggetti privati o anche di imprese pubbliche, cooperative o organizzazioni sociali siano vincolati verso lo

<sup>61</sup> Questa distinzione, beninteso, non corrisponde a quella tra *real* e *personal property*, la quale non è imperniata sull'opponibilità o inopponibilità ai terzi dei relativi diritti, bensì, come si è già notato, deriva dalla possibilità fornita un tempo dai mezzi processuali di recuperare materialmente la *res* oggetto dei vari diritti o invece da essi negata, nel quale ultimo caso ci si doveva accontentare di colpire la persona con un sanzione pecuniaria (CROSSLEY VAINES, 8 s., 20; POWELL, I § 97, che si riferisce soprattutto ai diversi organi giudiziari chiamati a decidere le controversie relative ai due tipi di beni e di diritti).

<sup>62</sup> Circa la possibilità che le *choses in action* comprendono anche i diritti di obbligazione derivanti da atto illecito cfr. CROSSLEY VAINES, 11; in senso affermativo LAWSON, *Introduction*, 2, che invece, almeno riguardo a "an action for damages for libel or even for breach of contract", si esprime in senso negativo.

Stato o verso altre imprese, cooperative o organizzazioni sociali siano a garanzia di crediti, che derivino dalla gestione di beni rientranti nella *property* socialista o sociale<sup>63</sup>.

Allo stesso modo esempi di *property* personale e di *property* privata di cui siano oggetto di diritti altrui, possono aversi qualora su questi diritti siano costituiti vincoli di tipo reale a garanzia di crediti derivanti dalla gestione di beni appartenenti a un privato a titolo di *property* personale o di *property* privata (cfr. CC ungherese, art. 263 ss.); ma analoghi esempi possono altrettanto bene aversi nel caso di un usufrutto o di un simile diritto di godimento a favore di soggetti privati costituito su questi medesimi diritti. In quest'ultimo senso fanno prova, fra l'altro, i principi del diritto polacco e di quello cecoslovacco e l'espressa disposizione del CC ungherese, art. 162. 1-2. I diritti oggetto, d'altro canto, consistono per lo più in diritti di credito. Ciò mostra che i diritti di credito, anche nei sistemi socialisti, fanno parte della *property* intesa come "bene"<sup>64</sup>. Ma, poiché i sistemi socialisti, allo stesso modo che quelli civilistici, danno fondamentale importanza, ai fini dell'inclusione dei diritti patrimoniali della *property* intesa come "diritto", alla loro opponibilità ai terzi, se ne deduce che anche i sistemi socialistici, come quelli civilistici, distinguono i diritti di credito e in genere quelli di obbligazione dalla *property* intesa come "diritto".

In altri e più chiari termini, i diritti di credito e in genere quelli di obbligazione non sono in tali sistemi "*property rights*", pur potendo, sia pure meno largamente che nei sistemi civilistici, valere come oggetto di *property rights* e quindi rientrare per questo verso nella "*property*", la quale è allora intesa nel senso di "bene".

<sup>63</sup> Riferendosi alle imprese e alle cooperative, è facile ipotizzare loro crediti, che siano sorti dalla vendita dei beni da essi prodotti o dalla somministrazione dei loro servizi. E rispetto ad esse la contrapposta posizione di debitore può immaginarsi assunta tanto da soggetti privati quanto anche da altre imprese o altre cooperative, al limite dallo Stato. Questa affermazione non è smentita dal fatto che, mentre i crediti di imprese o di cooperative verso soggetti privati si fanno valere davanti ai tribunali ordinari e con mezzi offerti dalla comune procedura civile, i loro crediti verso altre imprese o altre cooperative possono invece farsi valere soltanto davanti ai tribunali di arbitrato e coi mezzi particolari previsti dalla relativa procedura. Tale circostanza conferisce ai rapporti fra imprese o fra cooperative o fra esse e altri enti che operano nel campo dell'economia socialista un carattere diverso da quello dei loro rapporti con soggetti privati, ma non impedisce che essi siano ugualmente rapporti giuridici e comportino la nascita di crediti suscettibili di essere garantiti con diritti di tipo reale sui beni e quindi anche sui diritti del soggetto passivo.

<sup>64</sup> Come si è visto, "*property*" ha anche il senso di patrimonio. Ora non v'è dubbio il patrimonio dello Stato, di imprese, di cooperative e altri enti, così come il patrimonio di soggetti privati, può comprendere diritti e in particolare crediti. E ciò evidentemente significa che anche i crediti fanno parte della "*property*" intesa come patrimonio.

## 6. I titoli di credito

Il riconoscimento dei diritti come oggetto di altri diritti, in ispecie di *property rights*, non va esente, come si è visto, da problemi né da limiti. Nessun problema invece e nessuna esigenza di delimitazione sorgono invece riguardo ai titoli di credito (titres de credit, Wertpapiere, negotiable instruments). Questi sono documenti che incorporano diritti; e non si dubita che essi validamente fungano da oggetto di *property*, dato che per sé stessi sono cose mobili corporali. Ma la loro caratteristica è che la *property* di essi rende titolari dei (o permette di esercitare in una certa misura) i diritti in essi incorporati. Chi ha la proprietà del titolo è titolare<sup>65</sup> del diritto; chi ha un diverso *property right* sul titolo ha un corrispondente *property right* sullo stesso diritto<sup>66</sup> e può quindi esercitarlo nella misura di tale *property right*.

I sistemi non socialisti conoscono una vasta gamma di titoli di credito, che si distinguono fra di loro sia per il diritto o i diritti che incorporano, sia per il modo in cui si trasferiscono.

Vi sono titoli che incorporano promesse di pagare una somma di denaro e i diritti di credito che ne derivano. Tali p. es. i titoli del debito pubblico (rentes et autres titres emis par l'Etat, Schuldverschreibungen des Bundes und des Länder, treasury bills, bonds), le obbligazioni di società o corporations (obligations, debentures), le cambiali (lettres de change, Wechselbriefe, bills of exchange), i vaglia cambiari (billets à ordre, Schulscheine, promissory notes), gli assegni (chèques, Scheks, checks)<sup>67</sup>. Vi sono i titoli che incorporano una quota di partecipazione a una società per azioni coi relativi diritti: tali sono appunto le azioni (actions, Aktien,

<sup>65</sup> Per simmetria si sarebbe tentati di dire che è "proprietario" del diritto, in ispecie del credito, espressione e concetto di realtà adottati da parte della dottrina giuridica (cfr. p. es. S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance* (Paris 1960) e, per altro verso e con altri presupposti teorici, F. VINDING KRUSE, *Ejendomsretten*, cit. in *Danish and Norwegian Law – A General Survey* editi by *The Danish Committee on Comparative Law* (Copenhagen 1963), 130; C. ASSER - T.H. BECKHUIS, *Handleiding tot de Beoefening van het Nederl. Burg. Recht., Allg. Deel* (II ed. Zwolle 1934) 26 ss. Ma si tratta di sapere, non solo se sia corretto parlare di "proprietà" di un diritto, ma se questa espressione significhi qualcosa di diverso da "titolarità" del diritto.

<sup>66</sup> Naturalmente il *property rights* sul diritto incorporato nel titolo sussiste nel senso e nei limiti nel paragrafo precedente

<sup>67</sup> Anche le banconote (billets de banque, banknoten, banknotes) in origine erano titoli di credito. Con esse infatti la banca prometteva di pagare una certa somma in moneta metallica. Ma esse si sono ormai trasformate in mezzi di pagamento, ossia sono direttamente denaro (LAWSON, 29 s.)

shares and stocks). Vi sono infine i titoli di natura particolare, che non solo e non tanto incorporano i diritti, quanto piuttosto rappresentano cose, in modo che il loro possesso e il loro trasferimento equivale al possesso e al trasferimento di quelle cose: tali p. es. la polizza di carico (Konnossement, Ladeschein, bill of lading), la fede di deposito (Orderlagerschein, delivery warrant)<sup>68</sup>.

I modi di trasferimento, a loro volta, determinano tre categorie di titoli: Al portatore (titres au porteur, Inhaberpapier, bearer bills), all'ordine (titres à ordre, Orderpapier, bills to order), nominativi (titres nominatifs, Rektapapier)<sup>69</sup>. Le relative differenze saranno spiegate più innanzi<sup>70</sup>. Qui deve solo osservarsi che il modo prescritto nei singoli sistemi per il trasferimento delle cose mobili spesso non è sufficiente, ma in molti sistemi deve essere integrato o sostituito con altri particolari atti. E deve precisarsi che, se non si rispettano le regole stabilite al riguardo, si può bensì acquistare un *property* right, ma solo sul foglio di carta, non sul titolo di credito come tale, e quindi non si acquista il diritto in esso incorporato né la legittimazione a esercitarlo<sup>71</sup>.

La duplice natura dei titoli di credito, risultante anche dai modi con cui si trasferiscono, è generalmente sottolineata nei sistemi civilistici<sup>72</sup> che, da un lato, li considerano cose mobili e quindi corporali, dall'altro lato, tengono conto dei diritti che sono incorporati in essi e della relativa titolarità o legittimazione che essi conferiscono.

<sup>68</sup> Nel diritto inglese questi sono considerati titoli di credito a metà ("semi-negotiable instruments"): cfr. CROSSLEY VAINES 201; LAWSON, 25

<sup>69</sup> Vi è chi sostiene, specie nella dottrina tedesca, che i titoli nominativi (Rechtspapier) non sarebbero titoli di credito in senso proprio, ma per il diverso legame tra diritto e documento, soltanto documenti analoghi ad essi (cfr. opinioni e autori cfr. da EICHLER, I, 86 nt. 78, 87, e da G. FERRI, *Titoli di credito* (II ed. Torino 1958) 3n 2, 34 nt. 7, il quale ultimo (34-36) ritiene questa opinione infondata

<sup>70</sup> *Post* 1.4.

<sup>71</sup> Il rapporto fra diritto e documento in generale la natura dei titoli di credito, i loro tipi e i modi in cui possono trasferirsi sono tutti temi che appartengono al diritto commerciale e non possono essere approfonditi in questo volume. Si tornerà tuttavia sui modi di trasferimento. Per notizie sull'amplessissima letteratura cfr. ENNECERUS-NIPPERDEY, I, 1, § 124 nt. 1; T. ASCARELLI-E. BONASI-BENUCCI, *Cambiale*, 2 *Noviss. Dig. It.* (1958) 690 s.; P. MÄGGI, *Komment. zum Schweiz. Zivilgesetzbuch*, V, 7, *Die Wertpapiere* (Zürigh 1959), 16 ss.; 428 ss., 477 ss., 597 ss. G. GUALTIERI-J. WINIZKI, *Titulos circulatorios* (III ed. Buenos Ayres 1972) 13 ss. V. Anche CROSSLEY VAINES, 164 ss.; E.A. FARNSWORTH-J. RONNOLA, *Cases and materials on Commercial Law* (Brooklin 1955), I, 46 ss.; II, 3 ss., 304 ss.

<sup>72</sup> MARTY-RAYNAUD, II, nt. 405 (p. 397) "*Certains droit incorporels sont traites comme des choses corporelles parce que le droit est incorporè dans un titre susceptbile de circulaer par tradition manuelle*" (v. anche I, nt. 308, p. 490).

Nei sistemi di *common law* invece prevale la considerazione dell'elemento giuridico su quello corporale e pertanto i negotiable instruments sono compresi fra gli incorporeal movables e classificati, non come choses in possession bensì come choses in action<sup>73</sup>. La *property* che ad essi si riferisce è naturalmente la *personal property*.

Anche i sistemi socialistici conoscono i titoli di credito come oggetto di *property*. Naturalmente mancano in essi i titoli azionari, poiché mancano le società per azioni, e non operano le ragioni economico-finanziarie che negli altri sistemi moltiplicano le cambiali, i vaglia cambiari, gli assegni e simili. Basti pensare che le imprese industriali e commerciali pubbliche e le cooperative agricole accentrano la quasi totalità delle attività produttive e di scambio e che i rapporti finanziari tra esse, come espressamente stabilisce l'art. 83 dei Principi dell'URSS, sono regolati mediante compensazione per il tramite degli istituti bancari, senza che vi sia campo per l'emissione di titoli di credito. I titoli di credito più diffusi vengono quindi ad essere quelli del debito pubblico, nei quali i cittadini sono autorizzati a investire i loro risparmi, in quanto valido oggetto di proprietà personale.

Non v'è dubbio, comunque, che varie norme dei sistemi socialistici si occupano dei titoli di credito. Così i Principi dell'URSS, art. 28.5, stabiliscono che "il denaro e i titoli al portatore non possono essere rivendicati nei confronti di una acquirente di buona fede"; e lo stesso dispone l'art. 154 del CC della RSFSR. Analogamente, ma con una visuale più ampia, il CC polacco art. 517.1 precisa che le disposizioni sulla cessione dei crediti "non sono applicabili ai crediti incorporati in un documento al portatore o in un documento alienabile mediante girata".

In Cecoslovacchia, d'altro canto, la cambiale e l'assegno sono disciplinati da una legge speciale, mentre il codice del commercio internazionale agli art. 676 ss. regola un titolo simile al traveller's check e agli art. 550 ss., delinea tre tipi di polizza di carico (al portatore, nominativa, all'ordine). Alla polizza di carico si riferiscono anche l'art. 30.2 dei Principi dell'URSS e l'art. 136 del CC del RSFSR, secondo cui il trasferimento della polizza è assimilato al trasferimento della cosa da essa appunto rappresentata. Ancora il CC della RSFSR art. 137.2, riferendosi a titoli di credito espressi in valuta estera di cui fa vari esempi (fra cui cambiali, azioni, obbligazioni pubbliche), ne ammette l'acquisto solo con la procedura e nei limiti stabiliti dalle leggi speciali. L'eventualità del loro acquisto nella Repubblica Federativa Russa è indubbiamente assai rara, ma risulta, comunque, prospettabile.

<sup>73</sup> CROSSLEY VAINES, 11 s. 249 ; LAWSON, 23 ss.



## 7. Le creazioni intellettuali

Le opere letterarie e artistiche, le invenzioni e i nuovi accorgimenti tecnologici coperti da brevetto hanno indubbiamente un valore economico, poiché la loro utilizzazione o il loro godimento può procurare benefici e tale utilizzazione o godimento è riservato dall'ordinamento giuridico a determinati soggetti<sup>74</sup>, che per lo più sono l'autore o coloro che hanno acquistato il relativo diritto dall'autore stesso<sup>75</sup>. È naturale dunque avanzare l'ipotesi che queste opere, invenzioni, ecc. siano beni, dal punto di vista economico, e quindi giuridicamente fungano da oggetto di *property rights*. Ma l'ipotesi, pur naturale, non è affatto pacifica, giacché i problemi sorti nei vari sistemi giuridici circa la natura delle creazioni intellettuali e circa la situazione di coloro che in qualche modo possono servirsene sono piuttosto complessi.

Nei sistemi di *common law* la complessità è minore, poiché essi considerano le creazioni intellettuali solo in quanto diritti di servirsene: *copyrights* (diritto d'autore), *patents* (diritti derivanti dai brevetti), ecc. Questi diritti, a loro volta, vengono da essi inclusi fra le *choses in action*, in modo da risultare, come tali, elementi della *personal property* e insieme suoi oggetti<sup>76</sup>.

La complessità invece è maggiore nei sistemi civilistici, dove non vi è uniformità di concezioni. In Francia nel secolo scorso, in Italia anche recentemente, si è ritenuto che le creazioni intellettuali fossero da considerarsi effettivamente beni, s'intende incorporali<sup>77</sup>, e che i diritti su di esse avessero la natura della proprietà o, dei diritti reali minori (sia pure

<sup>74</sup> La riserva dell'utilizzazione e del godimento a determinati soggetti è normale anche per i beni corporali. Quel che caratterizza le creazioni intellettuali è la maggiore difficoltà di fare operare questa riserva.

<sup>75</sup> Sono possibili al riguardo varianti anche di rilievo. Nei sistemi socialistici l'autore ha diritto a un compenso, ma sotto il controllo di organi pubblici e in vari casi non è libero di disporre.

<sup>76</sup> CROSSLEY VAINES, 11 s., 141, 250; LAWSON, 26 ss.

<sup>77</sup> L'idea di concepire le creazioni intellettuali come beni incorporali o immateriali era presupposta da quanti fin dal Settecento parlavano al riguardo di proprietà spirituale ("geistiges Eigentum") o incorporale e dai legislatori che, a partire almeno dalla legge francese del 7 gennaio 1791, usavano l'espressione "proprietà" per indicare il diritto dell'autore di una scoperta o di un'invenzione o parlavano di "proprietà letteraria", "proprietà artistica", ecc. Ma il concetto di bene incorporale o immateriale è stato particolarmente elaborato da J. KOHLER in varie opere: v. p. es. *Das Autorrecht* (Jena 1880), 123 ss.; *Die Idee des Geistigen Eigentums*, 82 *Arch. civ. Pr.*, 166 ss (1894), il quale se ne è però servito per costruire una categoria diversa dai diritti reali: quella degli *Immaterialgüterrechte*

di tipo particolare)<sup>78</sup>. Ad accogliere una simile soluzione esistevano invece gravi ostacoli nel sistema tedesco, che, come si è visto, non ammette come oggetto di proprietà e di diritti reali se non le cose corporali (Sachen). Ciò ha indotto molti giuristi di lingua tedesca a delineare la figura dei diritti sui beni immateriali (Immaterialgüterrechte) e a considerarla diversa da quella dei diritti reali (Sachenrechte), riconoscendo tuttavia ad essi la natura di diritti patrimoniali (Vermögensrechte) e sottolineando la loro opponibilità ai terzi, ossia la loro assolutezza<sup>79</sup>. Altri invece ha ritenuto prevalente nei diritti sulle creazioni intellettuali il legame con la personalità (Persönlichkeitsrechte)<sup>80</sup>. Anche in Francia e in Italia dubbi sulla concezione tradizionale sono sorti e si sono moltiplicati. Ma, mentre per un lato essi sono sfociati nella conclusione che tali creazioni siano incompatibili con la proprietà (o il diritto reale in genere) e postulino la configurazione

<sup>78</sup> Come si è detto (n. prec.), i legislatori hanno spesso usato l'espressione "proprietà" con riferimento a creazioni intellettuali. Per la Francia cfr. PICARD, n° 573 (p. 574 ss); per l'Italia R. FRANCESCHELLI, *Studi riuniti di diritto industriale* (Milano 1959) 6 ss.; per la Spagna CC art. 429; per i paesi germanici O.v. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I (Leipzig 1895), 761, nt. 62, secondo cui tale terminologia fu abbandonata dalla legislazione di questi Paesi nella seconda metà dell'Ottocento. Quella terminologia è, comunque normalmente adottata nelle Convenzioni Internazionali sulla materia (fra gli esempi recenti cfr. la "Convention instituant l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle", Stockholm 1967, che è una revisione della "Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle"). Nella dottrina recente ammettono che i diritti reali, sia pure con gli adattamenti richiesti dalla natura particolare dell'oggetto, p.es MARTY-RAYNAUD, II, 2, nt. 429; G. OPPO, *Creazione esclusiva di utilizzazione economica*, 15 *Riv. dir. civ.* I, 1 nt. 1 e *passim* (1969). Specialmente interessante in questo senso, perché di un autore di lingua tedesca, è la posizione di A. TROLLER *Immaterialgüterrecht*, I (II ed. *Basel und Stuttgart* 1968), 98. Ss., 114, secondo cui è corretto parlare di "geistiges Eigentum", quando si tiene prevalente conto dell'ordinamento teorico generale o dell'idea direttrice di politica giuridica. Per citazioni di autori tedeschi dell'Ottocento favorevoli al concetto di "geistiges Eigentum" v. O.v. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, 757 ss., II (Leipzig 1905), 67, il quale non vede nel § 90 CC tedesco un ostacolo decisivo.

<sup>79</sup> Il fondatore, per così dire, della categoria degli *Immaterialgüterrechte* è stato J. KOHLER, *Autor-Patent-und Industrierecht*, 47, *Busch Arch.*, 176 ss. (altre cit. supra nt. 151 e in O.v. GIERKE *Deutsches Privatrecht*, I). Essa è stata largamente accettata: cfr. ENNECERUS, WOLFF-RAISER, III, § 2 VI 6(p. 15); A. TROLLER, *Immaterialgüterrechte*, I, 114, il quale ritiene tale categoria concettuale un eccellente strumento giuridico per configurare il rapporto di un soggetto con cose incorporali e per differenziarlo dagli altri rapporti giuridici.

<sup>80</sup> L'iniziatore di questa corrente dottrinale è stato O.v. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, 270 ss. Tuttavia, secondo A. TROLLER *Immaterialgüterrechte*, I, 94 ss., egli, a differenza dei suoi seguaci, non identifica esattamente i diritti relativi alle creazioni intellettuali coi diritti della personalità, perché non li concepisce come diritti sulla persona stessa del titolare, bensì come diritti su un soggetto separato dalla persona.

di un novo tipo di diritti (analogo in certo senso a quello tedesco degli Immaterialgüterrechte)<sup>81</sup>, per un altro lato essi hanno indotto invece a negare a quelle creazioni di natura di beni, la pure immateriali<sup>82</sup>, e a ritenere che il diritto dell'autore, dell'inventore munito di monopolio, del titolare del marchio, ecc. non sia altro che un diritto di monopolio, in quanto la sua essenza starebbe nel potere di fare operare il divieto rivolto a terzi per un certo tempo di esercitare date attività commerciali o industriali<sup>83</sup>.

Quale concezione sia preferibile, non è qui il caso di cercare di stabilire. Occorre invece chiedersi come le diverse concezioni influiscano sulla soluzione del problema circa l'appartenenza o no di quei diritti alla categoria della *property* in senso civilistico. Ora la concezione che li include fra i diritti della personalità ha l'ovvia conseguenza di tenerli separati dalla *property*, poiché questa esige senza eccezioni il requisito della patrimonialità, che è in formale antitesi con la personalità. Qualcosa di simile deve dirsi anche riguardo alla concezione che qualifica quei diritti come diritti di monopolio. È vero che così ne viene riconosciuta la patrimonialità, ma questa, benché necessaria, non è però sufficiente nei sistemi civilistici<sup>84</sup> per fare rientrare dati diritti nella *property*. Se essi, come appunto i diritti di monopolio, non fanno riferimento a un bene, vengono a mancare elementi caratteristici della *property* civilistica, quali le facoltà di servirsi del bene e gli obblighi dei terzi di astenersi dal bene stesso<sup>85</sup>. Diverso è il discorso per le

<sup>81</sup> Da ultimo D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali* (Milano 1970), 187 ss., P. GRECO - P. VERCELLONE, *Le invenzioni e i modelli industriali*, 11, 2, *Trattato di dir. civ.*, 62 ss. (a nt. 179 bibliografia nello stesso senso) (Torino 1968); ID., *I diritti sulle opere dell'ingegno*, 11, 3 *Trattato di dir. civ.*, 185 ss. (Torino 1974)

<sup>82</sup> Cfr. particolarmente R. FRANCESCHELLI, *Trattato di diritto industriale*, II (Milano 1960), 575 ss. Nella dottrina francese si è messa particolarmente in luce l'impossibilità di concepire l'appropriazione esclusiva di un'idea (cfr. già M. RENOARD, *Du droit industriel etc.* (Paris, 1860), 211, 341 ss.; di recente PICARD n° 574 ma v. le riserve di MARTY-RAYNAUD, II, 2, n° 429)

<sup>83</sup> Cfr. P. ROUBIER, *Droits intellectuels ou droits de clientele*, 34 *Rev. Trim. de droit civ.* 252 ss., in specie 291 ss. (1935) ; ID., *Droits subjectifs et situations juridiques* (Paris 1962) n° 41 b) (p. 352 ss.) ; H. DUBOIS, *Le droit d'auteur* (II ed. Paris 1966) n° 259 s. ; MARTY-RAYNAUD, I, n° 307 B (p. 487 s.), II, 2, n° 434 (p. 427). I quali ultimi difendono personalmente l'ammissibilità di una "propriété incorporelle" (n° 429).

<sup>84</sup> Diversamente, come si è visto, nei sistemi di *common law*, nei quali nessuno dubita che patents, copyrights, ecc. rientrino nella *personal property*, senza che si discuta se essi siano diritti su beni, diritti di monopolio o diritti di un'ulteriore categoria: è sufficiente la loro patrimonialità.

<sup>85</sup> Ciò è stato già messo in luce da O.V. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, 715; E. ROGUIN, *La règle de droit* (Lousanna, 1889), 310; F. FERRARA (sen.), *Trattato di diritto civile italiano*, I (Roma, 1921), 374, che bene chiarisce la differenza degli obblighi dei terzi di fronte a un

concezioni che considerano beni le creazioni intellettuali, ma poi escludono che esse siano oggetto di autentica proprietà e autentici diritti reali. Certo, se si adotta un concetto rigido di *property* civilistica, comprendendo in esse diritti esattamente qualificabili come proprietà o come diritti reali, la conclusione negativa è inevitabile anche rispetto a quest'ultima concezione.

Ma è possibile, anche nei sistemi civilistici, adottare un concetto più elastico di *property*, considerando suoi requisiti sufficienti, oltre la patrimonialità, il riferimento a un bene e l'assolutezza. In tal caso le concezioni che qualificano quei diritti come *Immaterialgüterrechte* o che li collocano in una nuova categoria di diritti, appositamente delineata, portano alla conclusione che essi nondimeno appartengono alla *property*. È una conclusione analoga a quella che, sempre nell'ambito dei sistemi civilistici, è parsa accettabile per i diritti sul *fonds de commerce* (*Unternehmen*, azienda).

Passando agli altri sistemi giuridici, si nota che per essi possono valere considerazioni analoghe a quelle svolte per i sistemi di *common law* o, rispettivamente, per quelli civilistici.

Infatti i diritti sulle creazioni intellettuali sono di origine recente e, anche fuori dall'area euro-americana dove sono dapprima sorti, seguono i modelli affermatasi in quest'area, mentre è relativamente scarsa l'influenza delle tradizioni particolari dei singoli Paesi. Così nei sistemi che seguono i modelli di *common law*, l'inclusione di questi diritti nella *property* è fuori questione. In quelli invece che seguono i modelli civilistici la questione sorge e la sua soluzione dipende dal modo in cui quei diritti vengono in definitiva concepiti.

Un discorso specifico deve nondimeno farsi per i sistemi socialistici. Ivi i diritti attinenti alle creazioni intellettuali sono bensì riconosciuti<sup>86</sup>, ma con disposizioni estranee alla materia dei beni e della *property*<sup>87</sup> e senza che essi

---

diritto di monopolio da quelli che essi hanno di fronte a un diritto reale.

<sup>86</sup> Cfr. Principi dell'URSS art. 96; CC della RSFSR art. 475 ss. Vi si distinguono tre tipi di creazioni intellettuali (opere letterarie, scientifiche o artistiche, scoperte, invenzioni) e si riconoscono all'autore per ciascuno di tali tipi, vari diritti che vanno da quello di pubblicare e diffondere la sua creazione a quello di ricevere una data remunerazione. Gli organi pubblici hanno una notevole ingerenza, in quanto tocca ad essi di solito fissare la misura della remunerazione e ad essi spetta pure il potere di disporre nei confronti dell'autore misure coattive, che possono giungere fino all'espropriazione dei suoi diritti.

<sup>87</sup> La collocazione delle norme sui diritti d'autore, di scoperta, d'invenzione nei Principi dell'URSS e nel CC della RSFSR è assai lontana da quella delle norme sulla *property*. Negli altri CC dei Paesi socialisti le creazioni intellettuali non sono nemmeno menzionate, trovandosi le norme relative in leggi speciali. Partimenti esse non sono menzionate nell'elenco dei beni oggetto delle tre forme di *property* riconosciute in tali Paesi, salvo

siano elencati fra gli elementi o gli oggetti delle diverse specie di *property* ammesse in quei sistemi<sup>88</sup>. Quest'ultimo dettaglio non trova tuttavia riscontro nel più recente codice civile socialista, quello della DDR, che al § 23.1 include espressamente fra gli elementi del "persönliches Eigentum" le pretese patrimoniali derivanti dai diritti d'autore, di invenzione, di scoperta<sup>89</sup>. Occorre, d'altro canto, riflettere che in massima i sistemi e i risparmi derivanti dal lavoro del titolare<sup>90</sup> e che l'opera scientifica, letteraria o artistica, la scoperta, l'invenzione sono ritenute e devono ritenersi un prodotto del lavoro. Sicché anche i diritti economici dell'autore di un'opera, di una scoperta, di un'invenzione, in particolare quello di ottenere l'una o l'altra fra le specie di retribuzioni previste dalla legislazione dei Paesi socialistici a favore dell'autore, sono in definitiva da qualificarsi elementi o oggetto della *property* personale.

## 8. Il patrimonio

*i)* Si deve ora esaminare un tema già sfiorato in precedenza: quello del patrimonio. Il termine patrimonio (patrimoine, Vermögen) indica nei sistemi civilistici l'insieme dei rapporti giuridici (e quindi in massima dei diritti e degli obblighi) che fanno capo a un soggetto. Il concetto fu formulato dapprima con riferimento all'eredità e venne poi esteso ad altri casi in cui l'insieme dei rapporti e delle situazioni giuridiche di un soggetto veniva in considerazione in modo unitario. L'unitarietà è precisamente la sua caratteristica; e il fattore unificante è stato inizialmente ed è tuttora per lo più costituito dall'unità del soggetto, che è parte di quei rapporti e titolare dei diritti e degli obblighi, in genere delle situazioni giuridiche, in

---

l'eccezione della DDR a cui si allude di seguito nel testo. E bisogna notare che nemmeno V. KNAPP, *Socialist Countries*, *infra* 2.3.85; 97; 101, menziona tali creazioni o i diritti che vi si riferiscono.

<sup>88</sup> In teoria potrebbero venire in considerazione tutte e tre le specie di *property* riconosciute nei Paesi socialisti compresa la *property* socialista o sociale, essendo astrattamente concepibile che le creazioni intellettuali, per quanto opera di singoli individui, siano ritenute patrimonio comune del popolo o della nazione. In pratica è tuttavia da pensare alla proprietà personale o, in casi marginali, a quella privata.

<sup>89</sup> Cfr. J. KLINKERT, E. OEHLER, G. ROHDE, *Eigentumsrecht-Nutzung von Grundstücken und Gebäuden zum Wohnen und zur Erholung*, 2 *Grundriss Zivilrecht* (Berlin 1977), 30

<sup>90</sup> V. tra le costituzioni più recenti, quella della DDR (1968-74 art.11.2 14.2 e quella bulgara (1971), art. 21.4

cui essi si articolano.

La unificazione, d'altro canto, è facilitata dall'omogeneità degli elementi che compongono l'insieme, poiché essi, come si è detto, risultano tutti rapporti o situazioni giuridiche. Deve infatti osservarsi al riguardo che, sebbene il patrimonio venga comunemente considerato un insieme di beni e quindi (secondo la definizione di "bene" data in generale dai codici e dalla dottrina) una mescolanza di cose corporali e di diritti aventi valore economico, tuttavia, ad un'analisi rigorosa, risulta comprendere, oltre ad altri vari diritti, non cose corporali, ma la proprietà di esse<sup>91</sup> ossia soltanto elementi giuridici omogenei tra loro.

L'unico punto da discutere riguarda la presenza nel patrimonio di soli elementi attivi (ossia, in massima, di diritti) oppure anche, come si è presupposto all'inizio, di elementi passivi (ossia di obblighi e debiti in genere). Nella tradizione romanistica e nei sistemi di tipo francese prevale la seconda concezione, nel sistema tedesco la prima<sup>92</sup>.

I sistemi di *common law*, come si è già rilevato non si servono della nozione di patrimonio, quale complesso dei diritti o dei diritti e degli obblighi o delle situazioni giuridiche facenti capo ad un soggetto. Nel linguaggio dei *common lawyers* ricorrono espressioni come "assets", che può indicare gli elementi attivi di un patrimonio, e come "*property*", che in uno dei suoi significati (sfumanti l'uno nell'altro) può anche alludere all'insieme dei beni di un soggetto. Si trova inoltre usato, specie in materia ereditaria, il termine "estate"<sup>93</sup>. Ma a questa espressione è difficile fare corrispondere

<sup>91</sup> L'idea che il patrimonio comprenda cose corporali e diritti (o azioni con cui farli valere in giudizio) era abbastanza diffusa tra i giuristi romani: cfr. Ulp.D. 44, 2,7, 5 (quando viene rivendicata l'eredità, si intendono oggetto dell'azione "*corpora et actiones omnes, quae in hereditate sunt*"); Herm. D. 50, 16, 22 (il termine "*pecunia*" comprende "*tam corpora quam iura*"). Ad un'idea analoga si ispirarono sia il giurista Gaio sia più tardi i compilatori giustiniani, quando considerarono elementi del patrimonio solo le "res", distinguendole però in "*res corporales*" e "*res incorporales*". Per la concezione moderna, che considera invece elementi del patrimonio, non le cose, ma i diritti di proprietà su di esse v. per es. ENNECCERUS-NIPPERDEY, I, § 131, II n. 5.

<sup>92</sup> In diritto romano si era profilata la tesi, secondo cui i "bona" (=patrimonio) non erano tanto il complesso dei diritti e degli obblighi di un soggetto quanto i diritti (ossia l'attivo patrimoniale) al netto dei debiti (Paul. D.50,16, 39,1). Altri testi però avevano concepito i "bona" come il complesso dei "commoda et incommoda" (Ulp.D. 37, 1, 1). E questa concezione prevalse nella tradizione romanistica medievale e moderna, passando poi nei sistemi civilistici di tipo francese (cfr. MARTY-RAYNAUD, I, n° 287; MESSINEO; I, 183). Nel sistema tedesco, per effetto di disposizioni di quel CC, si concepisce invece il patrimonio come il complesso degli elementi giuridici attivi (ENNECCERUS-NIPPERDEY, I, § 131, II, (p. 843) e nt. 14; K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, (München 1967) 307)

<sup>93</sup> Cfr. BLACK'S, *Law Dictionary*, 643, dove viene data, fra le altre, questa spiegazione di

un concetto esattamente definito come quello civilistico di patrimonio. I *common lawyers* hanno piuttosto elaborato il concetto di “fund” in cui invero si riscontrano alcuni punti di contatto col patrimonio civilistico, ma che non suole venire impiegato per indicare il complesso dei diritti o delle situazioni giuridiche in genere di una persona fisica.

L'esigenza infatti di concepire in modo unitario quest'ultimo complesso non si avverte nei sistemi di *common law* se non in materia di eredità e forse di esecuzione forzata concorsuale (bankruptcy). Fuori di questi campi tale esigenza si avverte essenzialmente riguardo a complessi di diritti o di situazione giuridiche che vengano dal diritto o dai loro titolari isolati dagli altri loro beni e destinati congiuntamente al perseguimento di uno scopo.

ii) Quest'ultima esigenza di manifesta in verità più o meno frequentemente in tutti i sistemi. E il modo più diretto di soddisfarla, praticato tanto in passato e che attualmente, è quello di promuovere la creazione di un nuovo soggetto, da qualificarsi in massima persona giuridica, che divenga titolare di tali diritti o situazioni giuridiche al posto del o dei titolari ordinari e persegua lo scopo prestabilito<sup>94</sup>. Ma questa soluzione non corrisponde sempre alle vere intenzioni degli interessati e non è, comunque, sempre praticabile. Si vorrebbe, allora, pure senza il mutamento del o dei titolari del diritto o delle situazioni giuridiche, raggiungere praticamente quegli stessi risultati e sottoporre quindi i diritti o le situazioni giuridiche destinati a quel certo scopo a un regime unitario, che riuscisse nello stesso tempo distinto da quello dei rimanenti diritti o situazioni giuridiche del medesimo o dei medesimi titolari.

I sistemi civilistici di tipo francese si sono a lungo manifestati contrari a questa seconda soluzione in base al principio dell'unità del patrimonio di ciascun soggetto<sup>95</sup>. Diverso invece l'orientamento dei sistemi di tipo germanico, dove dottrina e legislazione hanno da tempo ammesso la

---

“estate”: “It means, ordinarily, the whole of the property owned by anyone”. E si citano a conferma varie sentenze statunitensi.

<sup>94</sup> La fondazione (foundation, Stiftung) è precisamente la persona giuridica creata per dare autonomia al patrimonio destinata a un certo scopo. La società per azioni (société anonyme, Aktiengesellschaft) o la company o la corporation è un altro esempio di soggetto costituita sulla base di un patrimonio (un capitale) avente una certa destinazione.

<sup>95</sup> La teoria classica del patrimonio nella dottrina francese è stata formulata da C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français* (6<sup>a</sup> ed., Paris 1936-58), II, § 162; IX, § 573, i cui insegnamenti possono sintetizzarsi in tre punti: 1°) nessun patrimonio senza soggetto; 2°) un solo patrimonio per ciascun soggetto; 3°) inseparabilità del patrimonio del suo soggetto, finché questo esiste. Vedute moderne sul patrimonio sono invece espresse nella dottrina francese da P. CATALA, *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*, 64 *Rev. Trim. de dr. civ.*, 165 ss (1966), il quale per altro considera soprattutto il profilo socio-economico.

costituzione di patrimoni separati, in quanto volti al raggiungimento di un certo scopo (Sonder Zweckvermögen), e li hanno sottoposti a un regime particolare caratterizzato, fra l'altro, dalla destinazione prioritaria di quei beni al soddisfacimento dei crediti sorti in vista di quello scopo<sup>96</sup>. E questo orientamento tedesco ha finito col servire da guida al sistema francese e a quelli da esso influenzati, dove si tende ora a riconoscere l'autonomia di patrimoni speciali (patrimoines d'affectation, patrimoni di destinazione)<sup>97</sup>.

L'esistenza di patrimoni separati, caratterizzati da una certa destinazione, appare ammessa più facilmente nel sistema inglese grazie alla figura del fund e al congegno del trust. Il concetto di fund non serve, come si è visto, a definire il patrimonio di una persona fisica; serve invece a definire il complesso dei diritti o delle situazioni giuridiche destinati a un certo scopo, compreso quello di costituire il capitale di una società commerciale (più particolarmente di una company). Fund è invero un capitale investito in beni corporali o incorporali e che, a sua volta può provenire dalla vendita o dal realizzo di altri beni. Esso è considerato dal diritto sempre lo stesso capitale, comunque varino gli investimenti in relazione alle esigenze e alle vicende economiche, purché rimanga inalterata la destinazione<sup>98</sup>.

Se il fund costituisce il capitale di una company, il suo regime non si differenzia sensibilmente da quello vigente in casi analoghi (capitale di società per azioni) nei sistemi civilistici; se invece esso non è attribuito ad un soggetto appositamente creato, può acquistare autonomia rispetto ai restanti diritti o situazioni giuridiche del o dei titolari attraverso il trust, che permette di affidare la gestione del capitale a soggetti diversi dal o dai suoi titolari e di destinarne i proventi sia agli stessi sia ad altri soggetti<sup>99</sup>.

iii) Nei sistemi socialistici la nozione di patrimonio può essere impiegata per indicare il complesso delle situazioni giuridiche a contenuto economico che fanno capo a una persona fisica e rientrano nella categoria

<sup>96</sup> Si fanno in particolare gli esempi del patrimonio fiduciario, dei beni donati lasciati a un ente per certo fine, dei fondi raccolti per soccorrere certe categorie di persone (profughi, sinistrati e simili), del patrimonio di associazioni o di società commerciali non riconosciute come persone giuridiche (cfr. ENNECERUS-NIPPERDEY, I, § 132 I e II; K. LARENZ, *Allgemeiner Teil*, 312 ss.; per il diritto svizzero A. EGGER, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, I (2° ed., Zürich 1930) 467 s.; per il nuovo diritto olandese A.S. HARTKAMP, *Compendium*, 123, 126, il quale insiste sulla prelazione dei crediti sorti per scopi inerenti alla destinazione del patrimonio separato sui beni facenti parte di questo patrimonio).

<sup>97</sup> Cfr. MARTY-RAYNAUD, I, n° 289 (p. 467 s.); CARBONNIER, *Droit Civil*, I (10° ed., Paris 1972), 348; MESSINEO, I, 384 ss.

<sup>98</sup> LAWSON, 5s., 30 s., 109 s. La nozione è meno elaborata negli Stati Uniti, come emerge dall'assenza di un significato tecnico preciso, fra l'altro, nel *Black's Law Dictionary*, 802.

<sup>99</sup> V. *infra* cap. II, par. 8, VII



della proprietà personale. Questo complesso assume rilievo e viene a essere sottoposto a un regime unitario in sede di successione ereditaria da tale persona fisica. Si ha allora, limitatamente, s'intende, ai beni e alle obbligazioni di natura "personale", un regime analogo a quello civilistico<sup>100</sup>. Una diversa nozione di patrimonio si ha riguardo alle imprese pubbliche, alle cooperative, ai sindacati e alle altre organizzazioni operanti come strumenti della politica economica e sociale dei singoli Stati socialisti.

Tutti questi enti sono riconosciuti come persone giuridiche e hanno quindi la proprietà socialista o sociale di certe cose, il diritto a godere in perpetuo altre cose appartenenti in proprietà socialista allo Stato, vari altri diritti patrimoniali (anche su cose appartenenti a privati), nonché debiti, obblighi e obbligazioni di vario contenuto. Nell'insieme questi diritti, debiti, obblighi, ecc. costituiscono il patrimonio di ciascuna impresa, ciascuna cooperativa o ciascun altro ente e sono concepiti unitariamente per certi aspetti e certi fini, mentre per altri hanno un regime giuridico distinto. Vi sono indubbiamente somiglianze col capitale di una società commerciale civilistica e col fund di una company; ma gli elementi che lo compongono e il regime giuridico a cui vengono sottoposti sia i singoli elementi, sia il complesso sono il risultato di criteri, che dipendono dall'assetto socialista dell'economia e della società, e non possono naturalmente coincidere con gli elementi e il regime giuridico del capitale proprio di organismi operanti in sistemi caratterizzati dall'economia di mercato.

*iv)* Fuori dei sistemi civilistici, socialistici e di *common law*, un importante esempio di patrimonio separato, che attesta anche una particolare tecnica per conferire autonomia al patrimonio, è offerto dall'istituto islamico del waqf<sup>101</sup>. Si tratta di un complesso di beni o, più esattamente, di diritti patrimoniali destinati dal suo fondatore al raggiungimento di un certo scopo.

Lo scopo può essere sia quello di fornire una certa dotazione a moschee, scuole, ospedali, cimiteri (così dello waqf pubblico), sia anche quello di costruire un fondo di famiglia per i discendenti del fondatore, destinato però, quando questi manchino, ai poveri a un altro scopo permanente (così detto waqf privato o di famiglia). Per costruire un waqf, occorre che

<sup>100</sup> Cfr. *Principi* dell'URSS art. 117, 120; CC della RSFSR art. 527, 553, 558-59; CC polacco art. 922, 1030, 1035; CC ungherese art. 598, 673, 679, 682; ecc. I diritti e i debiti del defunto vengono trattati come un complesso unitario, né importa che l'erede (salvo che nel CC polacco art. 1030) sia reso responsabile dei debiti solo nei limiti dell'attivo ereditario.

<sup>101</sup> A. DE EMILIA, *Il Waqf Ahli secondo la dottrina di Abu Yusuf* (Milano 1938), in specie 34 ss., 67 ss.; J. N.T. D.ANDERSON, 2.5., 98; 11.5.132-41.

il fondatore si spogli di tutti i diritti sulla sostanza (*rakaba*) dei beni. Chi ne divenga però titolare è discusso fra le scuole: escluso che si costituisca così una persona giuridica, si pensa per lo più che i diritti su tale sostanza dei beni siano senza titolare, bastando la permanenza dello scopo, ma vi sono dottrine che identificano tale titolare in Allah. È prevista comunque un'amministrazione del patrimonio, la quale deve curare che i frutti vadano ai previsti beneficiari.

v) Rimane da chiedersi se il patrimonio possa considerarsi oggetto di diritti, in particolare di *property*. Poiché il patrimonio, in quanto sia effettivamente riconosciuto come tale nei vari sistemi giuridici, è un complesso di diritti o di situazioni giuridiche, la domanda se esso possa fungere da oggetto solleva preliminarmente le stesse questioni, che si sono esaminate riguardo alla possibilità che singoli diritti siano oggetto di altri diritti. Devono dunque richiamarsi qui i risultati allora raggiunti<sup>102</sup>. Ma, superata in base a questi risultati la questione preliminare circa l'idoneità dei diritti a costituire oggetto di altri diritti, si profila un'ulteriore questione circa l'idoneità del patrimonio a fungere da oggetto unitario. Qui le difficoltà sono maggiori e forse non possono essere interamente superate, poiché l'unificazione dei rapporti giuridiche che compongono il patrimonio opera bensì, di regola, rispetto agli atti con cui si diviene o si cessa di essere parte di quei rapporti, ma non opera o opera solo parzialmente rispetto allo svolgimento di tali rapporti o rispetto ai diritti o agli obblighi in cui essi si articolano.

Certo non sembra possibile concepire una proprietà del patrimonio in senso tecnico<sup>103</sup>; e non sembra nemmeno possibile concepire un unitario *property right* o *property interest* su di esso.

In seguito alla morte di una persona fisica o anche alla estinzione di una persona giuridica il patrimonio suole passare in blocco ad un altro o ad altri soggetti. Ma deve in massima negarsi che gli eredi, o comunque, i successori del soggetto morto o estinto acquistino un diritto sul o al patrimonio piuttosto che diventare semplicemente titolari dei diritti o degli obblighi in esso compresi.

Parimenti i sistemi civilistici ammettono bensì la costituzione di un usufrutto sul patrimonio<sup>104</sup>; ma in realtà questo usufrutto solo per pochi e isolati aspetti è disciplinato come un diritto unitario, mentre sotto gli

<sup>102</sup> *Supra* par. 5

<sup>103</sup> Di "proprietà" del patrimonio parlano ad es. AUBRY e RAU (cfr. ESMEIN, in C. AUBRY e C. RAU, *Cours*, IV, N°); ma in sostanza intendevano "titolarità" del patrimonio.

<sup>104</sup> P. es. CC francese art. 612; CC italiano 1010; CC tedesco §§ 1085 ss.; CC svizzero art. 745.

altri aspetti si scompone in tanti diversi diritti quanti sono gli elementi del patrimonio<sup>105</sup>.

Maggiore unità del patrimonio appare presente, quando è oggetto del potere di espropriazione dei crediti, se esso si esercita con un procedimento concorsuale (fallimento, konkurs, Bankruptcy e simili).

### 9. *Idoneità dei beni a essere oggetto di property privata o di property pubblica a) i sistemi civilistici, di common law e misti*

Si prenda ora il tema della distinzione tra *property* privata e *property* pubblica<sup>106</sup> per indicare le principali regole, secondo cui nei vari sistemi giuridici i beni<sup>107</sup> sono oggetto di *property* privata o di *property* pubblica.

<sup>105</sup> Cfr. G. PUGLIESE, *Usufrutto*, 780-86

<sup>106</sup> *Retro, Introduzione*, par. 1. Ivi si è anche accennato alla proprietà collettiva come modo di godere ed utilizzare i beni diversi dalla proprietà privata e dalla proprietà pubblica; ma essa non ha rilevanza in questa sede, poiché a parte la sua attuale scarsa diffusione, non si hanno regole particolari circa l'idoneità giuridica dei beni a divenire oggetto di tale proprietà.

<sup>107</sup> Parlando di "beni" si escludono implicitamente da questa categoria le cose corporali, che eventualmente non si ritengano idonei oggetto di nessuna *property* o di nessun diritto patrimoniale in genere, non potendo esse, a rigore, venire considerate "beni". I sistemi civilistici le identificano nell'aria atmosferica, nell'acqua dei fiumi, dei laghi, del mare e nello stesso mare, tranne gli specchi d'acqua vicini alle coste che sono qualificati pubblici (cfr. MARTY-RAYNAUD, I, n° 247, i quali ripetono al riguardo l'espressione, frequente nella dottrina francese, "choses comunes" modellata sulle "res comunes omnium" delle fonti romane giustiniane che vi comprendevano però anche il lido del mare; ENNECERUS-NIPPERDEY, I, 1, § ; MESSINEO, I, 381, 434), v. anche CC francese art. 714. A sua volta, il CC austriaco § 287 le chiama "freistehende Sachen", ossia cose a disposizione di tutti, ma finisce col considerarle cose pubbliche. I sistemi di *common law* prendono in considerazione sotto questo profilo solo l'acqua dei fiumi e dei laghi, presupponendo che essa, come tale, non sia oggetto di *property*, ma ammettendo che i "riparian owners" abbiano vari diritti di servirsi dell'acqua e quindi di appropriarsene date quantità (cfr. MEGARRY-WADE, 73 s., che alle note 79, 81 e 85 citano importanti precedenti giudiziari in questo senso; POWELL, V, §§ 71 ss., che a sua volta, descrive l'evoluzione del "reasonable use" dell'acque negli Stati Uniti e mette in risalto la possibilità di differenza tra Stato e Stato). Beninteso, altro è la condizione giuridica dell'acqua, altro quella dei fiumi o dei laghi o del loro letto (v. *infra* in questo numero). Oltre quelle ora indicate, tanto i sistemi civilistici che quelli di *common law* conoscono cose che non sono attualmente di nessun soggetto (né pubblico, né privato, né individuale, né collettivo), ma che sono suscettibili di occupazione e possono divenire di conseguenza proprietà dell'occupante (esempio tipico gli animali selvatici). Questo fenomeno non può in genere verificarsi per le cose immobili, poiché esse, se prive

Poiché a questo fine assume una certa rilevanza l'assetto economico-sociale, a cui ciascun sistema è informato, appare opportuno esaminare distintamente il tema in tre particolari gruppi di sistemi: i sistemi civilistici, di *common law* e misti, in quanto sostanzialmente informati, pur con limiti ed eccezioni più o meno importanti, all'economia di mercato; i sistemi socialisti; gli altri sistemi giuridici, per lo più caratterizzati dalla esigenza di uno sviluppo capace di superare un'originaria (reale o supposta) arretratezza economico-sociale.

I sistemi civilistici, di *common law* e misti conoscono due categorie di beni che, appartengono o dovendo appartenere allo Stato o ad altri enti pubblici, non sono, come tali, oggetto di *property* privata; a) i beni destinati all'uso comune dei cittadini o all'esercizio di funzioni tradizionali degli organi pubblici; b) i beni che sono stati trasferiti o riservati allo Stato o ad altri enti pubblici per il raggiungimento di particolari fini di politica economica e sociale perseguiti nell'ultimo secolo.

i) Per la prima categoria di beni le norme legislative, quando esistono<sup>108</sup>, e i principi fissati dai giudici e dai giuristi prevedono una certa gamma di soluzioni.

Queste possono riferirsi, in primo luogo, al tipo di *property* pubblica, di cui tali beni sono oggetto, dato che questa *property* si concreta in almeno due tipi principali<sup>109</sup> e possono inoltre riferirsi alla determinazione dei beni,

---

di un attuale proprietario, sono attribuite in proprietà allo Stato (v. p. es. CC francese art. 539 e 713, che, pur esprimendosi in termini generali, non si applicano che agli immobili: MARTY-RAYNAUD, I, n° 297 B; CC italiano art. 827; CC tedesco § 928. 2; progetto del CC olandese 5.3.5).

<sup>108</sup> Norme legislative sono per es. quelle del CC francese (art. 538-542), austriaco (§§ 287-288), italiano (art. 822-831), spagnolo (art. 338-345), nonché del progetto del CC olandese 5.3.6; 5.3.7-7°; 5.3.8. Il CC tedesco non contiene invece norme di questo genere, poiché la materia è lasciata al Landesrecht (cfr. l'Einführungsges, art. 65, 66, 112, 113); analoga è la situazione del diritto svizzero. Nel diritto inglese la materia è regolata dal *common law* in senso stretto e sono piuttosto improbabili norme legislative che vi derogano. Quasi altrettanto improbabili sono norme di tale specie negli Stati Uniti, dove però può surrogarle la legislazione dei singoli Stati.

<sup>109</sup> Nel sistema francese e in quelli da esso influenzati la *property* pubblica per antonomasia è quella "demaniale" (del "domain public"). In Germania invece il tentativo di O. MAYER, *Theories des Französischen Verwaltungsrechts*, II (2<sup>a</sup> ed. München 1917), §§ 35 ss. di configurare un "öffentliches Eigentum", analogo al francese "domaine public", non è stato seguito né nella dottrina né nella prassi (Cfr. ENNECCERUS - NIPPERDEY, I, 1; § 129 (p. 826 nt. 7)). È venuta quindi a mancare una distinzione di fondo tra *property* pubblica e *property* privata, in modo che quest'ultima ha assunto un valore paradigmatico anche per i beni appartenenti allo Stato e ad enti pubblici; salvo l'applicabilità di norme particolari circa i modi di acquisto e di tutela, e anche per assicurare l'osservanza della destinazione al

che nei vari sistemi vengono sottoposto all'uno o all'altro tipo di *property* pubblica. Esaminiamo i due aspetti.

Il CC francese (art. 358, 540-41) e, pur con varianti, quelli da esso influenzati (p. es. CC italiano art. 822, 824; CC spagnolo art. 339, 343) menzionano come oggetto di “*domaine public*” o di *property* “demaniale” (a cui la destinazione al proseguimento di fini pubblici dà un'impronta capace di distinguerla nettamente dalla *property* privata) le opere necessarie alla difesa militare, i porti militari e civili, le rade e in genere il mare prossimo alle coste, il lido e il fondo del mare (fino al limite stabilito dalle consuetudini o dalle convenzioni internazionali), i corsi d'acqua e i laghi, che eccezionalmente non siano privati, le strade, le ferrovie, le raccolte dei musei e delle biblioteche, i cimiteri e i mercati<sup>110</sup>. Altre cose, che pur servono all'esercizio di funzioni pubbliche, come gli edifici destinati a sede di uffici pubbliche, scuole, gli ospedali, le caserme, nonché le foreste, il denaro e altre cose mobili rientrano in un tipo di *property*, che è pubblica per il soggetto titolare, ma che, sotto l'aspetto del contenuto, viene identificata più o meno completamente con la *property* privata<sup>111</sup>.

Nel sistema tedesco, in cui non si riconosce l'esistenza di una *property* pubblica intrinsecamente distinta dalla privata<sup>112</sup>, vengono nondimeno

---

perseguito di fini pubblici. Nei sistemi di *common law* manca ugualmente un'esplicita caratterizzazione della *property* pubblica rispetto a quella privata; e manca pure una precisa distinzione tra tipi diversi di *property* pubblica. Tuttavia, quando beni appartengono allo Stato o ad enti pubblici perché questi possano esercitare le loro specifiche funzioni o perché tutti possano servirsi di essi, si dice che essi sono tenuti “in trust for public purposes” (v. p. es. POWELL, I, § 160 e nt. 81; § 161 e b. 65). In altri casi i beni appartengono allo Stato allo stesso modo che a privati.

<sup>110</sup> Nel sistema francese questo elenco è in parte frutto dell'interpretazione successiva al code civil (cfr. MARTY-RAYNAUD, I, n 297). Altri beni che pure non menzionati dal code civil sono stati inclusi in Francia fra i pubblici “demaniali” attraverso l'interpretazione sono quelli attinenti alle telecomunicazioni (MARTY-RAYNAUD, loc. cit.). La tassatività dell'elenco delle specie di beni “demaniali” è per lo più sostenuta in Italia (cfr. R. RESTA, *I beni dello Stato ecc.*, in *Comment.* CC diretto da A. SCIALOJA e G. BRANCA, sub art. 822 (4<sup>a</sup> ed., Bologna-Roma 1976).

<sup>111</sup> La parificazione alla *property* privata è espressamente enunciata dal CC spagnolo art. 340 e, in mancanza di disposizioni al riguardo nel CC francese, da quella dottrina (cfr. MARTY-RAYNAUD, I, N° 297). Il CC italiano art. 826 comprende tali beni nel patrimonio dello Stato o di altri enti, il che può significare che sono sostanzialmente oggetto di *property* privata; tuttavia questo codice introduce un'ulteriore distinzione tra patrimonio disponibile, in cui la parificazione alla *property* privata risulta sicura, e patrimonio indisponibile, rispetto a cui è forse più esatto parlare di *property* pubblica (v. tuttavia MESSINEO, I, 431) anche se non “demaniale”.

<sup>112</sup> *Supra* in questo numero nt. 182

individuate tre categorie di beni variamente connessi a fini pubblici: *a*) quelli destinati all'uso comune (fiumi e laghi pubblici, strade, piazze, ponti ecc., appartenenti di regola allo Stato o ad altri enti pubblici, eccezionalmente a privati ma soggetti all'uso pubblico); *b*) quelli facenti parte del "Werwaltungsvermögen" (o patrimonio amministrativo) e che parecchi autori considerano "cose pubbliche", disciplinate per molti aspetti dal diritto pubblico, ma che invece altri riconduce sotto il diritto civile ordinario<sup>113</sup> (edifici amministrativi e giudiziari) scuole, ospedali, musei, prigioni, caserme, campi sportivi, macchine, armi e strumenti vari, ecc.); *c*) quelli facenti parte del "Finanzvermögen" (o patrimonio fiscale) e che non servono direttamente a scopi pubblici, ma solo indirettamente col loro reddito o col loro valore di scambio permettono di perseguirli (denaro, titoli di credito, foreste, fattorie, case di abitazione, aree fabbricabili, miniere, fabbriche di stato, ecc.)<sup>114</sup>.

Per i sistemi di *common law* deve anzitutto mettersi in rilievo il principio secondo il quale la proprietà (ownership) degli immobili (terra e tutto ciò che vi è stabilmente congiunto) appartiene necessariamente alla Corona o allo Stato. Esso tuttavia mentre influenza profondamente (come si vedrà) il regime fondiario, non impedisce che soggetti privati abbiano sugli immobili *property interests* anche di contenuto amplissimo. Pertanto, sotto il profilo ora considerato, tali beni risultano, come tali, idoneo oggetto di qualsiasi *property*.

Fatta questa precisazione, può dirsi che nei sistemi di *common law*, come in quelli di tipo tedesco, manca una chiara caratterizzazione della *property* pubblica nel senso civilistico francese di "demaniale".

Tuttavia la *property* facente capo a soggetti pubblici (si tratta della Corona, dello Stato, della Federazione di Stati o di altri enti), se serve all'esercizio di funzioni pubbliche o all'uso comune della collettività, si

<sup>113</sup> ENNECCERUS-NIPPERDEY, I, § 130 II. Per l'inclusione nella sfera pubblicistica sono invece soprattutto gli studiosi di diritto pubblico, tra cui cfr. p. es. E. PORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht* (7<sup>a</sup> ed. München 1958), § 19.

<sup>114</sup> Quest'ultima è la categoria di beni più chiaramente oggetto di *property* privata; le altre, e particolarmente la prima, sono soggette per molta parte a una disciplina pubblicistica, sicchè la tesi che la relativa *property* non si distingue da quella privata ha soprattutto un valore ideologico. Circa il diritto austriaco, è da notare che il § 287 del CC distingue le cose che costituiscono un "ein allgemeines oder öffentliches Gut" (strade, fiumi, porti e rive del mare) da quelle che contribuiscono a formare lo "Staatsvermögen" (zecca, posta e altri monopoli, miniere ecc.) e che, analogamente al tedesco Finanzvermögen, servono a fornire allo Stato i mezzi finanziari per l'esercizio delle sue funzioni. La proprietà delle prime ha quindi caratteri più pubblici che non quella delle seconde.

ritiene “held in trust for public purposes”<sup>115</sup> e quindi sottoposta in pratica a una disciplina divergente per molti aspetti da quella privatistica.

Bisogna nondimeno riconoscere che il *common law* in senso stretto, nonostante il principio della proprietà (ownership) spettante sugli immobili alla Corona o allo Stato, tende a difendere il più possibile la sfera del diritto privato.

Così in Inghilterra le strade sono oggetto di public right, ma il loro regime è ritenuto privato<sup>116</sup>; e, se negli Stati Uniti è normale che, dovendosi costruire una highway o una motorway, l’ente pubblico interessato acquisti il suolo necessario a questo scopo, si è anche ammessa in qualche Stato la sopravvivenza del principio di *common law*, per il quale il suolo appartiene ai proprietari adiacenti fino alla linea mediana<sup>117</sup>. I fiumi e i laghi in Inghilterra (salvo il particolare regime della loro acqua) sono per lo più privati e, in ispecie, è privato il loro letto; il pubblico vi può navigare, ma non pescare<sup>118</sup>. Fanno eccezione i fiumi o i tratti di fiume percorsi da acqua di marea (tidal water), che sono invece pubblici; la formula giuridica impiegata in questo caso è che essi appartengono al Re (alla Regina) o alla Corona<sup>119</sup>.

Negli Stati Uniti c’è differenza tra Stato e Stato. In parecchi si seguono le regole inglesi di *common law*, ma i proprietari rivieraschi, a cui appartiene il letto del fiume, sono soggetti all’uso pubblico non solo per la navigazione, bensì anche per la pesca<sup>120</sup>.

La maggior parte degli Stati estende invece a tutti i fiumi navigabili le regole inglesi relative a quelli percorsi da acque di marea, con l’ovvia differenza che qui lo Stato si sostituisce alla Corona e naturalmente col vincolo di un trust in favore del pubblico, per assicurare a tutti, sotto il

<sup>115</sup> V. *retro*, nt. 110.

<sup>116</sup> MEGARRY-WADE, 779 s. Beninteso, ciò non esclude che la proprietà formale o “ultimate ownership” spetti alla Corona o allo Stato; questa proprietà sussiste, per vero, riguardo a tutti i beni immobili e quindi non serve, nel campo immobiliare, a distinguere i beni pubblici da quelli privati.

<sup>117</sup> Così nel Kansas (POWELL, I, § 91 e nt. 59).

<sup>118</sup> Solo i proprietari rivieraschi, in quanto proprietari del letto fino alla linea mediana, vi possono pescare; *Eckroyd v. Coulthard* (1898) 2 Ch. 358 at. 366.

<sup>119</sup> MEGARRY-WADE, 73; 787. Questo implica anche l’uso pubblico da parte dei naviganti e pescatori.

<sup>120</sup> Cfr. le sentenze cit. da POWELL, I, 160 nt. 79; v. anche la NOTE *Waters and Watercourses – Rights of the Public in Non-Navigable Waters*, 42 *Miss. Law Journ.* 270 (1971). Il problema della proprietà del letto è evidentemente rilevante soprattutto in caso di giacimenti minerali o petroliferi scoperti sotto di esso: cfr. *Gulf Oil Corp. v. State Mineral Board*, 317 So. 2d 576 (La. 1975).

controllo federale, l'esercizio del diritto di navigazione e pesca<sup>121</sup>

Queste ultime regole richiamano il regime vigente per il lido del mare e del fondo marino fino al limite a cui, secondo le norme internazionali, si estende la sovranità dello Stato. Nei sistemi civilistici, come si è detto, questo regime consiste nella proprietà dello Stato, il quale però può fare ai privati certe concessioni. Nei sistemi di *common law* la regola inglese è quella della proprietà della Corona fino al limite dell'altra marea<sup>122</sup>, mentre negli Stati Uniti alla Corona si sostituisce il singolo Stato, che si trova tuttavia in conflitto non solo col proprietario privato della terraferma<sup>123</sup>, ma anche con lo Stato federale, a cui spettano speciali poteri di controllo e di promozione in materia di navigazione e commercio<sup>124</sup> e che inoltre si assume titolare del diritto di sfruttamento del fondo marino<sup>125</sup>.

La seconda categoria di beni che non appartengono a privati è costituita, come si è detto, da quelli trasferiti o riservati allo Stato o a enti o organismi pubblici di vario tipo per fini di politica economica e sociali. Questi fini possono essere perseguiti mediante limitazioni e controlli dell'esercizio dei private *rights of property*, come si vedrà più innanzi; ma possono anche essere perseguiti con l'evitare che su dati beni esistano private *rights of property*. Naturalmente nei paesi a economia di mercato che sono quelli ora considerati le soluzioni di tale genere sono meno frequenti e meno drastiche che nei paesi socialisti, ma meritano nondimeno una, sia pure rapida e sommaria menzione.

Un primo gruppo di norme da considerare sotto questo profilo si riferisce ai giacimenti minerari. Nei sistemi civilistici vige in passato il principio che essi appartenevano al proprietario del suolo.

Ma questo principio tradizionale venne poi limitato o addirittura derogato nei casi in cui i minerali avessero una data natura (p. es. metalli, carbon fossile). Sono interessanti al riguardo le leggi francesi 11-29 luglio 1971 e 21 aprile 1810 e l'*Allgemeines Landrecht* prussiano del 1796 e,

<sup>121</sup> POWELL, I, § 160 e n. 81: v. anche A. YIANNPOULOS, *Public Use of Banks of Navigable Rivers in Louisiana*, 31 *Louis. Law Rev.* 563 (1971)

<sup>122</sup> *Gann v. Free Fishers of Whitstable* (1865) 11 H.L.C. 192.

<sup>123</sup> In Stati della costa atlantica a questo proprietario è infatti attribuito anche il lido fino al limite della bassa marea (cfr. POWELL, I, § 163, n. 54). Negli altri Stati il proprietario della terraferma può avere solo particolari diritti di accesso al mare o un particolare diritto di prelazione nel caso che lo Stato intenda vendere i diritti di godere il lido o il fondo del mare.

<sup>124</sup> POWELL, I, § 163 e n. 66 (1965 suppl. P. 86)

<sup>125</sup> POWELL, I, § 163 e n. 79, che cita *U.S. v. California* 332 U.S. 19, 67 S.Ct. 1658, 94 L. Ed. 1889 (1947). V. in generale KREUGER, *The Background of the Doctrine of the Continental Shelf and the Outer Continental Shelf Lards Act.*, 10 *Nat. Resources Journal* 443 (1970).



16, §§ 69 ss. Ne è derivato un indirizzo, tuttora generalmente seguito nei sistemi civilistici, secondo il quale si distinguono anzitutto due o tre categorie di minerali e si includono i minerali della prima categoria fra le cose appartenenti allo Stato, mentre gli altri sono lasciati nella proprietà del proprietario del suolo, pur con l'osservanza di condizioni, limiti e controlli di vario genere<sup>126</sup>. Beninteso, la proprietà statale di certi giacimenti minerari non implica che il loro sfruttamento sia ugualmente statale o che venga, comunque, compiuto da imprese pubbliche: esso è invece oggetto di concessione e i concessionari possono essere benissimo e normalmente sono soggetti privati<sup>127</sup>.

In Inghilterra il principio privatistico è rimasto in vigore più a lungo; ma già tradizionalmente vi si faceva eccezione per i giacimenti di oro e di argento, riservati alla Corona<sup>128</sup>. Più di recente il Petroleum Production Act del 1934 estese la proprietà della Corona ai giacimenti petroliferi, mentre poi due provvedimenti in materia di giacimenti di carbone, non solo ne

<sup>126</sup> In Francia è ora in vigore il code minier approvato con D. 16 agosto 1956, il quale adotta la distinzione, divenuta tradizionale con la legge del 1810, tra "mines", "minières" e "carières", le prima appartenenti allo Stato e oggetto di concessione, le altre due sfruttabili dal proprietario del suolo; in Italia si segue sostanzialmente lo stesso indirizzo (CC art. 826.2, che comprende le miniere del patrimonio "indisponibile" dello Stato; L. 29 luglio 1927 n. 1443, che lascia cave e torbiere nella disponibilità del proprietario del suolo, a meno che questi ometta di iniziarne o proseguirne la coltivazione, potendo in tal caso lo Stato darne la concessione ad altri); in Spagna le "minas" sono "bienes de dominio publico", oggetto di concessione (CC art. 339; 350; 427); in Austria le miniere ("Bergwerke"), comprese quelle di salgemma ("Salzwerke") rientrano nello "Staatsvermögen" (così dispone appunto il § 287 del CC, che risale al 1811). In Germania la legge introduttiva (Einführungsgesetz) del CC art. 63, ha lasciato in vigore al riguardo il diritto locale (Landrecht), la cui massima manifestazione era il già citato *Allgemeines Landrecht* prussiano; e ciò ha significato, e significa in pratica, che i giacimenti minerali più importanti sono considerati proprietà dello Stato e divengono oggetto di concessione. Nella dottrina tedesca, d'altro canto, se lo Stato concede lo sfruttamento del giacimento a un privato, questi diviene titolare di una particolare proprietà chiamata Bergwerkseigentum (cfr. ENNECERUS-NIPPERDEY, I, 1, § 130 III; ENNECERUS-WOLFF RAISER, III, §§ 95-97). Anche il CC svizzero considera la miniera (Bergwerk) come un fondo, oggetto distinto di proprietà (cfr. art. 655.3).

<sup>127</sup> Per le conseguenze privatistiche della concessione in Germania e Svizzera v. nota prec. Alcune imprese estrattive private sono state nazionalizzate: p. es. in Francia negli anni 1944 e 1945 sono state nazionalizzate le Houillères du Nord e du Pas-de Calais e con L. 17-5-1946 sono state nazionalizzate, con eccezioni, le "mines de combustibles minérales"; in Italia le prospezioni e lo sfruttamento di idrocarburi in certi territori del Paese sono stati riservati all'ENI, che è un ente pubblico.

<sup>128</sup> *The case of mines* (1568), 1 Plowd 310; MEGARRY-WADE, 72 n. 63. Questo è uno dei pochi casi in cui l'"ultimate ownership" della Corona ottenne una durata rilevante pratica.

attribuiscono la proprietà alla Corona, ma ne riservano lo sfruttamento ad un ente pubblico, il National Coal Board, escludendo le imprese estrattive private<sup>129</sup>.

Negli Stati Uniti – a parte i giacimenti di oro e di argento, riguardo a cui si perpetua il regime inglese, con la sostituzione del singolo Stato alla Corona – si trovano in conflitto tre soluzioni: quella tradizionale inglese che riconosce i diritti sul giacimento al titolare privato del più ampio *interest* sul suolo, quella che li assegna al singolo Stato, quella che li attribuisce invece allo Stato Federale. In massima la soluzione pubblica è assicurata riguardo ai giacimenti situati in terre originariamente appartenute in via esclusiva allo Stato Federale, come è il caso di quasi tutte quelle che si trovano a occidente del Mississippi: lo Stato Federale infatti, anche alienando il suolo a privati o trasferendolo alla giurisdizione di un singolo Stato, ha impedito in passato e suole tuttora impedire che i minerali del sottosuolo vengano ad appartenere a privati. Quanto invece la proprietà della terra è degli Stati e questi alienano il godimento del suolo ai privati, può accadere sia che si riservino il diritto sui giacimenti, sia che lascino operare il principio di *common law* a favore del titolare privato del più ampio *interest* del suolo<sup>130</sup>. Naturalmente la proprietà statale o federale del giacimento non implica di per sé la riserva delle ricerche e dello sfruttamento a enti statali o imprese pubbliche in genere; in massima essa si esplica unicamente nel controllo sulle imprese private concessionarie delle ricerche e/o dello sfruttamento e nella riscossione di royalties sul minerale estratto.

Un secondo gruppo di norme, che potrebbero qui venire in considerazione, sono quelle relative alla riforma agraria, che, sotto vario nome e con varie tecniche, si sono succedute nel corso del tempo, in qualche Paese fino a qualche decennio fa. Esse infatti, per accogliere in qualche misura le istanze dei coltivatori non proprietari, hanno spesso sottratto terre ai proprietari non coltivatori e stabilito limiti alla superficie sui fondi di cui era ammessa l'appartenenza a un singolo proprietario non coltivatore. Le terre tuttavia così recuperate non sono divenute *property* dello Stato o di altri enti pubblici, ma sono state distribuite a singoli coltivatori o tutt'al più a cooperative da essi formate e quindi sono rimaste oggetto di *property* privata<sup>131</sup>. Si verte dunque in tema di limiti di questa

<sup>129</sup> Il Coal Act del 1938 attribuì tutti i diritti, già nelle imprese private, alla Coal Commission e il Coal Industry Nationalization Act del 1946 completò la riforma, nazionalizzando, oltre i giacimenti, le stesse imprese estrattrici.

<sup>130</sup> Cfr. per i dettagli POWELL, I, § 162 n. 12-42.

<sup>131</sup> Una parziale deroga è costituita dalle terre destinate o da destinare a foreste, dato che queste rientrano per lo più fra i beni dello Stato, anche se non “demaniali”. Come

*property*, non di sua esclusione per corrispondente devoluzione dei beni alla *property* pubblica: e li si dovrà considerare nel subchapter dedicato appunto ai limiti.

Sono invece strettamente inerenti al tema qui trattato le norme con cui, a partire dall'inizio di questo secolo, sono state nazionalizzate o rese comunque pubbliche parecchie specie di imprese<sup>132</sup>. A parte alcune imprese estrattive di sostanze minerali solide, liquide o gassose<sup>133</sup>, devono menzionarsi soprattutto quelle che gestiscono i servizi pubblici, come trasporti ferroviari, stradali, aerei e marittimi<sup>134</sup>, la produzione e/o

---

esempio di norme intese a proteggere e ad estendere le foreste, anche con raggruppamento e coordinamento di terre ed attività private, cfr. il francese Code forestier (D. 29 ottobre 1952) e successive integrazioni e il tedesco Gesetz über Forst-Saat-und Pflanzgut 25 settembre 1957 e relativi aggiornamenti.

<sup>132</sup> Deve notarsi che l'ambito dell'impresa pubblica è più ampio di quello delle aziende (ossia dei beni organizzati per l'esercizio di una attività economica i quali non possono appartenere a soggetti privati. Vi sono beni organizzati che possono in generale appartenere a qualsiasi soggetto, ma che in fatto appartengono allo Stato o a un Ente pubblico. Un esempio è quello delle imprese che esercitano un servizio pubblico non in regime di monopolio (*infra* n. 208). Ma altri importanti esempi si hanno nel campo delle attività genericamente industriali e finanziarie. Si pensi alla francese Regie Nationale des Usines Renault e, più in generale, alla maggior parte delle così dette imprese a partecipazione statale, diffuse soprattutto in Italia, ma note anche ad altri Paesi. Queste ultime non sono gestite da un ente pubblico appositamente istituito (come l'inglese National Coal Board, la già citata francese Regie Renault, l'italiano ENI e le varie aziende ferroviarie, di telecomunicazione, elettriche, ecc. bensì da una società per azioni ordinaria, di cui lo Stato o un altro ente pubblico ha una partecipazione totalitaria o di maggioranza. Non è, beninteso, escluso che un'impresa pubblica gestita mediante una società per azioni operi in regime di monopolio, come, d'altro canto, è possibile che un'impresa pubblica gestita da un apposito ente operi in regime di concorrenza. Può accadere poi che lo Stato o un ente pubblico abbia in una società una partecipazione azionaria di minoranza, nel qual caso l'impresa rimane sostanzialmente privata. Sull'impresa pubblica in taluni Paesi europei cfr. V. ALLEGRI, *Una ricerca sulle imprese pubbliche in Europa*, 21 *Riv. delle Società*, 1 ss. (1976), nonché M. VASSEUR-M. GUILBERTEAU, *La réglementation des entreprises publiques en France*, *ibid.* 15 ss. ; V. MAHIEU, *Un statut de l'entreprise publique (en droit belge)*, *ibid.*, 62 ss. ; K. HOLMGREN, *La réglementation des entreprises publiques en Suède*, *ibid.*, 139 ss. V. anche F. FRANCOIS MARSAL, *Le dépérissement des entreprises publiques* (Paris 1973) ; J.P. THÉRON, *Recherche sur la notion d'établissement public* (Paris 1976).

<sup>133</sup> V. *retro* nt. 126 e 128

<sup>134</sup> Le strade ferrate e ordinarie, i porti e gli aeroporti sono di regola pubblici, come si è visto. Ma qui ci si riferisce alle imprese, che gestiscono i relativi servizi. Per quelli ferroviari la pubblicità delle imprese è normale nei Paesi europei dopo la Seconda Guerra Mondiale, ma non è esclusa l'esistenza di imprese private; anche se queste sogliono gestire linee secondarie; negli Stati Uniti, dove per altro il servizio ferroviario ha molto minore importanza, prevalgono di gran lunga le imprese pubbliche, ma il settore privato è in massima abbastanza consistente ed è poi del tutto prevalente negli Stati Uniti. Quanto

distribuzione di elettricità, gas, acqua, le comunicazioni telefoniche e telegrafiche, nei sistemi civilistici del continente europeo e in Inghilterra la gestione di questi servizi è stata gradualmente (o con particolare accentuazione dopo la Seconda Guerra Mondiale) affidata a enti pubblici, speso statali, talvolta municipali o regionali; e a questo affidamento può essersi o invece non essersi accompagnata (a seconda dei sistemi e soprattutto a seconda dello stesso servizio)<sup>135</sup>. Negli Stati Uniti invece tutti o quasi tutti questi servizi (public utilities) sono gestiti da imprese private, soggette per altro al controllo degli organi pubblici sia riguardo alle tariffe da esse applicate sia riguardo alla qualità dei loro servizi.

#### 10. (segue) b) *I sistemi socialistici*

Nei sistemi socialistici il quadro è naturalmente molto diverso. La sfera dei beni, che secondo i loro principi, appartiene allo Stato o ad altri enti pubblici, è infatti assai più estesa che non nei sistemi civilistici e di *common law*; e d'altro canto, la categoria da essi formata, che costituisce la così detta *property* socialista o sociale, in massima ha carattere esclusivo, nel senso che è normalmente impossibile che i beni di quel genere appartengano a soggetti privati.

In concreto la *property* socialista comprende sia i beni che in massimo sono pubblici anche nei sistemi civilistici o di *common law*, in quanto necessari all'esercizio delle pubbliche funzioni o destinati all'uso comune della collettività<sup>136</sup>, sia i beni costituenti mezzi di produzione<sup>137</sup>. Secondo

---

ai servizi autostradali, essi sono tuttora forniti prevalentemente da imprese private, ma le imprese pubbliche si vanno diffondendo.

<sup>135</sup> L'esclusione di imprese private si ha in Inghilterra, Francia, Italia e vari altri Paesi nel campo della produzione di elettricità e dei servizi telefonici e telegrafici. Invece le imprese di trasporto, specie stradale e marittimo, ma anche ferroviario e aereo, possono essere private, salvo eventualmente la necessità di concessioni o autorizzazioni dell'autorità amministrativa e salvo la subordinazione a controlli.

<sup>136</sup> È in verità una delle caratteristiche dei regimi socialisti il fatto di accostare nella stessa categoria della *property* socialista o sociale i beni considerati normalmente pubblici dalla tradizione "borghese" e quelli che nei sistemi "borghesi" sono normalmente in mani private e costituiscono strumento dell'economia capitalistica.

<sup>137</sup> Titolari della *property* socialista o sociale possono essere, come si è visto (supra 1.1.2), sia lo Stato, sia le cooperative, i sindacati e altre organizzazioni sociali. In Jugoslavia invece la *property* sociale non ha come titolare uno specifico soggetto, ma spetta al popolo collettivamente inteso. Pietra angolare di tutto il sistema economico è, comunque,

l'ideologia marxista-leninista, infatti, i mezzi di produzione, se in mani private, permetterebbero lo sfruttamento dell'uomo da parte dell'uomo. Quali mezzi di produzione si intendono tutti i beni che servono all'esercizio di un'attività economica (agricola, industriale, commerciale, finanziaria) o di attività ausiliarie o fornitrici di servizi.

A questi beni si contrappongono quelli che sono specifico oggetto di una *property* spettante agli individui privati, in particolare gli oggetti di arredamento e di abbigliamento, i proventi del proprio lavoro e i relativi risparmi, i diritti derivanti dalle creazioni intellettuali, gli strumenti per produrre oggetti destinati all'uso personale, la casa o l'appartamento di abitazione propria e della propria famiglia (nei limiti dei spazio stabiliti dalle leggi), la casa di campagna, i diritti del suolo su cui queste case sono costruite, i mezzi personali di trasporto<sup>138</sup>. È inoltre ammessa attualmente nei sistemi socialistici, sia pure a titolo provvisorio, la così detta *property* "privata" in senso stretto, ossia quella di certi mezzi di produzione lasciata a certi soggetti privati. Nell'URSS questi soggetti sono le famiglie dei contadini appartenenti ai kolchoz, alle quali spetta la proprietà di quanto serve al godimento di piccoli appezzamenti di terreno lasciato al loro uso esclusivo, e inoltre gli artigiani, purché la loro azienda, oltre che essere di piccole dimensioni, non richieda il lavoro di estranei<sup>139</sup>.

Negli altri sistemi socialistici si ha talvolta una maggior larghezza, specie per quanto riguarda la terra destinata all'agricoltura<sup>140</sup>. Il problema della *property* di questa terra è infatti risolto in vario modo nei sistemi socialistici, anche se in buona parte le differenze sono più formali che sostanziali. La soluzione ortodossa dal punto di vista marxista-leninista è quella dell'assegnazione della *property* socialista statale, che in effetti è adottata nell'URSS e nella Mongolia<sup>141</sup>. Una soluzione analoga è quella

l'impresa socialista.

<sup>138</sup> Cost. dell'URSS (1977) art. 13.2; Principi dell'URSS, art. 25; CC della RSFSR art. 105-106; L. bulgara sui beni dei cittadini art. 28.3; Cost. bulgara art. 21.1-4; CC polacco art. 132-33; CC cecoslovacco art. 127; CC ungherese art. 92; Cost. della DDR art. 11; CC della DDR § 23.

<sup>139</sup> La Cost. dell'URSS art. 13; 2 fa rientrare i diritti della famiglia Kolkosiana nella *property* personale e non fa menzione di una possibile *property* "privata": v. invece CC della RSFSR art. 115, 126. 2; CC dell'Ucraina art. 111; CC georgiano art. 110.

<sup>140</sup> Questo dipende, oltre che dai caratteri del singolo Paese, dal grado da esso raggiunto nel processo di trasformazione sociale.

<sup>141</sup> Cost. dell'URSS (1977) art. 11.2; Principi dell'URSS art. 21.3; CC della RSFSR art. 95; Cost. della Mongolia art. 10. È da notare che la maggior parte della terra è affidata per la coltivazione e lo sfruttamento a cooperative di cittadini (kolkosz), le quali risultano quindi titolari di un particolare *property interest*. D'altro canto, come si è detto, una piccola parte

dell'assegnazione della *property* socialista delle terre a cooperazione di coltivatori, anziché allo Stato<sup>142</sup>. Qualcosa di simile è stabilito anche in Cina con l'assegnazione della terra alle comuni rurali<sup>143</sup>, in cui è per altro accentuato l'aspetto collettivo, piuttosto che pubblico, della *property* e del suo esercizio. Deve in ogni caso notarsi che, tranne che nell'URSS, in Mongolia e tendenzialmente in Cina, negli altri sistemi socialistici si adotta un regime fondiario multiforme, che spesso comprende anche il riconoscimento della *property* individuale. E questa, in quanto relativa a un tipico mezzo di produzione, deve qualificarsi, dal punto di vista socialista, come proprietà "privata"<sup>144</sup>.

La proprietà individuale della terra, dove esiste, è naturalmente soggetta a limiti sia di estensione, sia di contenuto. L'estensione consentita è in generale assai modesta, salvo che in Polonia, dove essa può raggiungere i quindici o anche venti ettari<sup>145</sup>. Il contenuto è poi evidentemente subordinato ai fini di politica economica e sociale perseguiti in ciascun sistema socialista, non essendo concepibile un esercizio della proprietà individuale che frustri l'attuazione del piano economico, si ispiri all'economia di mercato e favorisca addirittura il ripristino dell'assetto capitalistico. Per lo più, d'altronde, questo problema non si pone, poiché le terre appartenenti a soggetti privati in vario modo indotti a partecipare<sup>146</sup>. Solo in Polonia, a Cuba e in alcuni Paesi asiatici la gestione individuale delle terre è largamente praticata.

---

della terra assegnata alla singola cooperativa è lasciata di solito godere privatamente in comunione ai membri di ciascuna famiglia colonica, secondo le norme della cooperativa stessa.

<sup>142</sup> Cost. romena art. 9-10; CC ungherese art. 180; cost. Nord-coreana art. 5. Si tratta di Paesi in cui la superficie delle terre appartenenti a cooperative è più estesa; ma su scala ridotta la medesima soluzione è adottata altrove.

<sup>143</sup> Cost. cinese (1975) art. 7

<sup>144</sup> Cfr. p.es. CC Polacco art. 130; L. fondamentale cubana (1959) art. 87 e 90. Nella *property "personal"* è invece fatta rientrare la terra su cui è costituita la casa di abitazione nei casi in cui essa non appartiene allo Stato o a cooperative o a organizzazioni sociali (cost. romena art. 9 e 36). Sul tema V.KNAPP, *Socialist Countries*, in *Intern. Enc.* VI.2.3.106-107.

<sup>145</sup> CC polacco art. 161.1. La misura massima di venti ettari è consentita quando il fondo è destinato all'allevamento del bestiame.

<sup>146</sup> Cfr. V. KNAPP, *Intern. Enc.* VI.2.3.107. Naturalmente le cooperative che godono terre private sono anch'esse da considerare titolari di un particolare *property interest* su di esse.

11. (segue) c) *Gli altri sistemi giuridici*

La maggior parte dei sistemi giuridici ora da considerare sono quelli dei Paesi, che, per le ragioni economico-sociali sopra accennate, si è convenuto di chiamare “in via di sviluppo”. Di essi alcuni hanno adottato un assetto integralmente socialista, come p. es. Cuba, il Vietnam, l’Angola, e quindi sono stati già tenuti presenti, in modo esplicito o implicito, nel paragrafo precedente. Riferendoci ai rimanenti, dobbiamo distinguere, da un lato, il regime dei beni esclusi dalla *property* privata per effetto di valutazioni extragiuridiche o in quanto destinati all’uso della collettività o all’esercizio di funzioni tradizionalmente estranee alla sfera privata individuale e, d’altro lato, il regime dei beni resi pubblici o sottoposti al controllo pubblico per ragioni inerenti all’attuale sviluppo economico-sociale.

I. – Il regime dei beni rientranti nella prima categoria dipende in larga misura dalle influenze politico-culturali esterne esercitatesi sul singolo sistema. In proposito bisogna notare che molti di questi sistemi fanno parte, sotto il profilo considerato, del gruppo civilistico, come quelli dell’America Latina, oppure hanno più o meno profondamente recepito la tradizione civilistica, come quelli dell’Africa francofona o della Somalia; e che altri invece hanno molto risentito dell’influenza del *common law*, come l’India e vari Stati dell’Africa anglofona. Ivi, di conseguenza, il regime dei beni destinati all’uso comune della collettività, come le strade e le vie d’acqua, o all’esercizio di funzioni pubbliche, come quelle di governo, difesa, istruzione, sanità, ecc., corrisponde in notevole misura a quello illustrato nel par. 13 a proposito dei sistemi civilistici, di *common law* e misti. Possono tuttavia vigere nel singolo sistema regole particolari derivanti dalle caratteristiche tradizionali specifiche di tale sistema e capaci di modificare o precisare il regime di tali beni oppure di allargarne la sfera. Il fenomeno è soprattutto importante in quei sistemi giuridici che, prima della influenza politico-culturale civilistica o di *common law*, avevano già raggiunto un elevato grado di elaborazione dottrinale. È precisamente il caso dei sistemi islamici e di quello hindù. Ma occorrerà anche menzionare qualche aspetto dei sistemi tradizionali africani.

I sistemi islamici, molti dei quali sono stati sotto l’influenza civilistica (specie di tipo francese), ma hanno anche, più di recente, seguito alcuni modelli socialisti<sup>147</sup>, distinguono anzitutto gli immobili che possono essere

<sup>147</sup> Nei sistemi islamici si sono avute in proposito e sono tuttora possibili cospicue oscillazioni. In massima tuttavia non si è avuta l’adozione di un regime socialista integrale, bensì quella di un regime misto, in parte tradizionalmente islamico, in parte di tipo

oggetto di autentica proprietà (ownership) di soggetti privati da quelli che, considerati (come si vedrà) appartenenti alla comunità musulmana o allo Stato, non possono essere oggetto di tale proprietà. Ciò tuttavia, analogamente a quanto si disse riguardo al regime della terra e nei sistemi di *common law*, non basta a conferire natura pubblica agli immobili della seconda categoria, né a renderli inidonei alla *property* privata.

Sono invece beni non suscettibili effettivamente di *property* privata, non solo le cose pubbliche (in ispecie le strade più importanti e le vie d'acqua) e quelle comuni a tutti (aria, acqua corrente, nonché certi minerali), ma nei sistemi rimasti più strettamente connessi con la religione del Corano (come p.es. l'Arabia Saudita e lo Yemen del Nord) anche le cose religiosamente impure, come il vino e i suini<sup>148</sup>. Tutti i sistemi islamici inoltre attribuiscono un particolare regime ai beni vincolati da un waqf, ammettendo, come si vedrà, la costituzione su di essi solo di particolari *property interests* (quali lo "ijara tawali" o lo "hukur") e isolandoli per il resto dal commercio privato.

Il diritto hindù, in quanto diritto consuetudinario-dottrinale a sfondo religioso degli Indiani di religione hindù e applicabile anche, secondo varie disposizioni legislative, agli appartenenti ad altre religioni come i Buddisti e i Sikh, è tuttora in vigore (nonostante importanti revisioni legislative introdotte pria e soprattutto dopo la formazione dello Stato indiano indipendente) nel campo delle persone, del matrimonio e della famiglia, in quello delle successioni, in quello delle fondazioni religiose. Invece in materia di *property*, come in materia di contratti o di obbligazioni, vigono bensì norme di origine hindù, ma solo attraverso leggi e altri provvedimenti, anche giudiziari, emanati sotto la dominazione inglese, i quali le hanno recepite, rielaborate, alterate; e vigono inoltre istituti derivanti direttamente dal *common law* inglese o da leggi o altri provvedimenti emanati durante e dopo la dominazione inglese. Qualche regola peculiare di origine hindù incide tuttavia sull'idoneità dei beni a essere oggetto di *property* privata. Una è quella che considera gli alberi e in genere i vegetali uniti al suolo come beni mobili distinti dal suolo e quindi suscettibili di proprietà separata. Un'altra è quella relativa alla situazione dei templi e dei beni che ne formano la dotazione. Essi sono beni divini, considerati appartenenti

---

socialista, ma con più o meno sensibili venture civilistiche e/o liberistiche. Maggiori accentuazioni socialiste si possono registrare soprattutto in Algeria, Siria, Iraq, Libia, minori in Egitto e Tunisia. Sul tema cfr. R. SACCO, *La socialisation du droit islamique, Rapport général au Congrès International de Droit Comparé, Téhéran, septembre 1974*; G. CRESPI-REGHIZZI, *Il diritto socialista nei Paesi islamici*, 1975, L'Est., 48 e ss., 79 e ss.

<sup>148</sup> J.N.D. ANDERSON, *Islamic Law*, in *Internat. Enc.* VI.2.5.197; D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malachita I* (Roma 1926), 318 ss.



alla divinità ivi venerata<sup>149</sup>; ma la divinità è. Per così dire, personificazione dell'idolo che la raffigura, ed esiste inoltre un amministratore (shebait) il quale è considerato titolare di uno speciale diritto patrimoniale classificabile (almeno per qualche aspetto) fra i *property interests*. Analoga è la situazione dei monasteri (o centri di studi religiosi) chiamati *maubs*, il cui capo (*mahant*) appare ugualmente titolare di un *property interests*<sup>150</sup>.

Fra i sistemi tradizionali africani, che, nonostante infiltrazioni e sovrapposizioni civilistiche, di *common law* o socialiste, sopravvivono ancora in misura apprezzabile<sup>151</sup>, alcuni adottano il principio che attribuisce la proprietà (ownership) delle terre al gruppo sociale dominante o al suo capo oppure (peculiarità che li distingue dai sistemi di *common law* e da quelli islamici) a date divinità o agli spiriti degli antenati; e la naturale conseguenza è che gli individui viventi o le comunità minori della proprietà o diversi da essa<sup>152</sup>. Gli altri sistemi tradizionali africani (che costituiscono la grande maggioranza) riconoscono invece alla comunità più ampia o al monarca solo la sovranità coi conseguenti poteri pubblici oppure confinano il principio che la terra è della o delle divinità o degli spiriti degli antenati al puro ambito delle credenze magico-religiose e quindi ammettono che, giuridicamente, la terra possa appartenere in modo pieno a soggetti privati<sup>153</sup>.

Tutti i sistemi, comunque, conoscono particolari zone di terreno che, per il fatto di essere consacrati al culto o di contenere tombe, appartengono effettivamente a date divinità o a dati spiriti in modo da risultare estranei alla *property* (privata o pubblica). I sacerdoti, che esercitano il culto, rappresentano la relativa divinità e, in questa, coltivano e godono anche la terra coltivabile circostante al luogo di culto.

<sup>149</sup> J.D.M. DERRETT, *Hindu Law*, in *Intern.Enc.* VI.2.6.207. Qualcosa di simile si aveva nell'antico diritto romano riguardo alle res divini iuris.

<sup>150</sup> J.D.M. DERRETT, *Intern.Enc.* VI.2.6.224; ID., *Introduction Hindu Law* (Bombay 1963), 493 ss., 510 ss. MULLA, *Principles of Hindu Law* (13 ed. a cura di SUNDERLAI T. DESAI, Bombay 1966), 455 ss. V. anche *infra* III, n. 409-140.

<sup>151</sup> Su questa sopravvivenza cfr. P.F. GONIDEL, *Les droits africains I-Evolution et sources* (2<sup>a</sup> ed., Paris, 1976), 271 ss.

<sup>152</sup> Cfr. K. BENTSI-ENCHILL, *The Traditional Legal Systems of Africa*, in *Intern.Enc.* VI.2.4.160-163 (dove illustra le credenze magico-religiose relative alla terra e la loro rilevanza giuridica): 164 (dove spiega che la proprietà della terra riconosciuta alla comunità sovrana o al monarca ha tuttora rilevanza pratica (a differenza che in *common law* e nei sistemi islamici), in quanto attribuisce in via esclusiva a tale soggetto i minerali, nonché la vegetazione e gli alberi di alto fusto cresciuti spontaneamente, sottraendoli ai diritti di godimento privati relativi alla terra.

<sup>153</sup> K. BENTSI-ENCHILL, *Intern. Enc.* VI.2.4.162

II. – Vengono ora considerazione i beni che, può accadere siano resi pubblici o sottoposti al controllo pubblico a causa della loro rilevanza ai fini dello sviluppo economico e sociale.

Ci si aspetterebbe che, rispetto a questi beni, i sistemi in esame, in quanto relativi per lo più a Paesi in via di sviluppo, si distinguessero dai sistemi civilistici e di *common law* più nettamente che non rispetto agli altri beni e seguissero, comunque, al loro interno criteri più uniformi. Ma l'aspettativa si avvera solo in parte. Quei Paesi, infatti, pur dovendo affrontare in materi economica e sociale problemi e difficoltà molto simili, seguono in pratica indirizzi piuttosto diversi, o in quanto condizionati dalla loro tradizione o sotto l'influenza di precise scelte ideologiche o ancora per effetto di pressioni esterne. Così gli uni si avvicinano ai sistemi socialisti, mentre altri preferiscono soluzioni di tipo liberal-capitalistico, mentre vi è poi una larga gamma di orientamenti intermedi.

Tuttavia si possono individuare categorie di beni, rispetto a cui le tendenze a soluzioni sostanzialmente uniformi sono più forti. Una prima categoria è quella delle terre destinate all'agricoltura e all'allevamento. In molti di questi Paesi si sono avute negli ultimi vent'anni una o più leggi di riforma agraria, ispirate al proposito di impedire concentrazioni di larghe estensioni di fondi in poche mani e di distribuire la terra tra coloro che la coltivano<sup>154</sup>. Certo, non dappertutto il problema della terra si pone in questo modo<sup>155</sup> e non dappertutto, dove si pone in questo modo, viene risolto secondo quelle direttive<sup>156</sup>.

<sup>154</sup> Le Nazioni Unite pubblicano relazioni periodiche sulle riforme agrarie nel mondo, e da esse risulta che tali riforme sono state attuate o sono in corso, oltre che nei Paesi socialisti, soprattutto in quelli in via di sviluppo: v. p. es. gli atti della conferenza di Roma 20 giugno -2 luglio 1966 (*Report of the World Land Reform*, New York 1968). La più recente di queste conferenze si è tenuta a Roma nel luglio 1979. Sul tema in generale e con riguardo ad anni meno vicini cfr. AA.VV., *La réforme agraire*, 6/2 *Rev. de Droit Contemporain*, 1-264 (1959)

<sup>155</sup> Nei Paesi africani il diritto consuetudinario riconosce, come si è detto, la proprietà collettiva (di villaggio, di clan, di gruppi parentali o familiari), la quale evita diseguglianze e squilibri all'interno del gruppo che ne è titolare, mentre per altro suscita altri problemi come quello dell'adattamento di simile regime fondiario alle esigenze dell'agricoltura intensiva e dell'incremento produttivo. Sul tema, oltre gli autori cit. *supra* 1.1.2 (n. 12), cfr. T.O. ELIAS, *Ghana and Sierra Leone* (London 1962), 147 ss., 284 ss.; Id., *Nigeria* (London 1967), 325 ss.; J.H. CRABB, *The Legal System of Congo-Kinshasa* (Charlottesville 1970), 74 s. Circa poi la occupazione delle terre vergini, ancora esistenti in alcuni di questi Paesi, si veda a titolo di esempio l'editto del Mwani n° 5 (10 agosto 1961) sulla concessione di terre demaniali nel Burundi.

<sup>156</sup> Così p. es. in Brasile una vera riforma agraria non ha avuto luogo, pur esistendone le condizioni e nonostante l'ampia dizione dell'art. 150.52 Cost. del 1967, che prevede la possibilità di espropriazioni, non solo per necessità o utilità pubblica, anche per fini sociali.

Ma si può dire che nella maggioranza dei Paesi in via di sviluppo si sono espropriate o ci si propone di espropriare le grandi proprietà e si sono costituite o si mira a costituire al loro posto molte piccole proprietà (raggruppate o no in cooperative)<sup>157</sup>.

La terra dunque non può certo dirsi un bene escluso dalla *property* privata, ma in molti di tali Paesi è un bene, che non può appartenere a un singolo soggetto se non nei limiti di una data superficie massima. E questa è una soluzione abbastanza caratterizzante, poiché nei sistemi civilistici e di *common law* una soluzione simile, pur adottata in alcuni di essi con l'una o con l'altra variante in un passato anche abbastanza recente, non è ora di attualità<sup>158</sup> e poiché, d'altra parte, nei sistemi socialisti, non solo le espropriazioni sono state più drastiche, ma inoltre la piccola *property* privata, eventualmente conservata o costituita, è stata in alcuni e può risultare in altri soltanto una tappa sulla via della *property* socialista o sociale, gestita da cooperative obbligatorie o da fattorie di Stato.

Una seconda categoria di beni che può essere individuata come oggetto di soluzioni tendenzialmente uniformi è quella dei giacimenti minerari, sia solidi, sia liquidi e gassosi (in specie idrocarburi). Poiché questi beni costituiscono la principale ricchezza di molti fra quei Paesi, si è manifestato in essi l'indirizzo (attuato per altro in modi piuttosto vari)<sup>159</sup> mirante a

<sup>157</sup> AA.VV., *La réforme agraire*, cit. , distinguono le riforme “dans les économies libérales” da quelle “dans les économies socialistes” ; e fra le prime descrivono, oltre le riforme in Italia e in Giappone, quelle fino ad allora attuate in India, Indonesia, Messico, Perù, Venezuela, Cuba (non ancora socialista), Iran (sotto il regime dello Scià). V. anche per la Siria la legge n. 161 27 maggio 1958 nella versione del 20 febbraio 1962 e nelle versioni successive; per la Colombia F. VELEZ RUEDA, *Bases legales de la reforma social agraria* (Bogotà 1964), S.S. PULIDO, *El cooperativismo y la reforma agraria* (Bogotà 1965), J. MURGAS AZZUDIGA, *La expropriation en la ley de reforma social agraria* (Bogotà 1967); per la Bolivia J.H. LOPEZ AVILA, *Reforma agraria – Un juicio critico sobre su desarrollo* (La Paz 1957); per il Perù Ley de reforma agraria n. 15037 22 mayo 1964, 28 *Rev. de Derecho y Ciencias Politicas*, 387 ss. (1964); per il Venezuela Ley de reforma agraria 5+3-1960; Cost. del 1691 art. 105. Sul tema generale della riforma agraria, ma con particolare riguardo all'Honduras, J.M. HERNANDEZ, *Problematica juridica de las reformas agrarias integrales* (Madrid 1971).

<sup>158</sup> Nella cit. rassegna della *Rev. de Dr. Contemp.* (1959) sono menzionati l'Italia e il Giappone, la cui situazione socio-economica subito dopo la Seconda Guerra Mondiale presentava punti di contatto con quella più recente dei Paesi in via di sviluppo. Ma in massima nei sistemi civilistici e di *common law* i problemi attuali in materia agraria sono quelli di ricostruire e di mantenere una dimensione ottimale dei fondi dal punto di vista produttivo, come è attestato p. es. dalle disposizioni francesi sul rémembrement rural.

<sup>159</sup> La varietà dipende anche da ragioni storiche, ossia dalle caratteristiche del diritto tradizionale dei singoli Paesi (ad es. per i Paesi di diritto islamico cfr. G. MULACK, *Rechtsprobleme der Erdöllonzessionsabkommen in Nahen Osten* (Göttingen 1972), 208 s. e

fare rientrare questi giacimenti fra i beni dello Stato<sup>160</sup>. In genere lo Stato non provvede direttamente al loro sfruttamento con proprie imprese o, comunque, con imprese pubbliche, bensì, come accade per lo più anche nei sistemi civilistici e di *common law*, suole darli in concessione contro il pagamento di royalties. Al riguardo tuttavia si è avuta recentemente in corso (specie come riflesso del conflitto arabo-israeliano o in conseguenza delle rivoluzioni musulmane) un'evoluzione che tende ad aumentare i poteri dei vari Stati nei confronti delle imprese private e più ancora in quelli dei consumatori, i quali appartengono in prevalenza alle aree geografiche dei sistemi civilistici e di *common law*.

Quest'evoluzione ha inciso o può incidere anche sul complesso di norme di accorgimenti giuridici, che sono stati adottati dai Paesi in via di sviluppo per attirare capitali e tecnici stranieri. Per lo più si tratta di norme relative ai campi tributario, finanziario e valutario; ma risulta anche largamente praticato il metodo di associare nella gestione della concessione società straniere (spesso multinazionali) con lo Stato o con enti da esso istituiti o dominanti<sup>161</sup>, metodo che fra l'altro consente, di controllare

---

da quelle dei sistemi civilistici o di *common law* che li hanno influenzati.

<sup>160</sup> Per l'America latina cfr. F.E. PADILLA, *Curso de derecho minero argentino* (2<sup>a</sup> ed., Tucuman 1965), 52 ss., 195 ss.; A. BRUNO VARGAS, *Evolution historica del dominio del Estado en materia minera* (Santiago de Chile 1971), in specie 35 ss.; F. MANSALVO CASADO, *Economia, politica y legislacion de hidrocarburos* (Caracas 1962). Per i paesi asiatici cfr. *United Nations-Economic Commission for Asia and Far East, Proceedings of the Seminar on Mining Legislation and Administration* (Hong Kong 1970), 21 ss. e, in particolare 111 ss., 288 ss. (Indonesia), 164 ss. (Malaysia), 179 ss. (Pakistan), 182 ss. (Filippine), 288 ss. (Tailandia). Per i Paesi africani è da ricordare il Code pétrolier saharien emanato dalla Francia come potenza coloniale (su cui J. LOYRETTE, *Le code pétrolier saharien*, 13 *Rev. jurid. et polit. d'outre-mer*, 240 ss. (1959), ma rimasto in vigore nei nuovi Stati indipendenti; v. inoltre p.es. P. DECROUX, *Législation marocaine minière et pétrolière*, *Rev. maroc. de droit*, 337 ss. (1961), e il CC del Burundi art. 16.2. Bisogna ancora notare che il principio della proprietà statale dei giacimenti non impedisce che soggetti privati ne vengano poi a risultare proprietari in seguito a concessione o ad altro modo d'acquisto: ciò in particolare è ammesso nell'America Latina, dove si ha la nozione di "propriedad minera" (cfr. per i giacimenti petroliferi M.E. QUINONES GRIMMO, *Algunas observaciones sobre la propiedad privada del petroleo* (tesi), (Bogotá 1969). D'altro canto, il principio della proprietà statale non si è mai applicato a tutti i minerali, ma solo a quelli considerati più importanti il cui elenco si è venuto, comunque, progressivamente ampliando, talché attualmente ne sono esclusi in massima solo l'argilla, la pozzolana e i minerali impiegati nell'edilizia

<sup>161</sup> Sulle facilitazioni (tributarie, finanziarie, valutarie) miranti ad attirare capitali stranieri e sui relativi Investment Codes cfr. *Proceedings* cit., 30 ss., nonché *United Nations-Economic Commission for Asia and Far East, Proceedings of the Seminar on Petroleum Legislation with Particular Reference to offshore Operation* (Hong Kong 1973, 50 ss., e le notizie di J.H. CRABB (*supra* n. 225) sul codice degli investimenti nello Zaire. Sulla partecipazione

dall'interno i modi e i risultati della gestione. Per effetto dell'accennata evoluzione, in verità, norme e accorgimenti giuridici sono stati (o sono soggetti ad essere) modificati. È tuttavia improbabile, dati gli interessi in gioco, che essi vengano interamente aboliti.

Qui il discorso si allarga a una terza categoria di beni, nella quale, accanto alle aziende estrattrici di minerali e di idrocarburi, possiamo comprendere tutte le altre aziende industriali, finanziarie, commerciali. L'orientamento seguito dai Paesi in via di sviluppo che non siano da qualificarsi francamente socialisti, corrisponde ai modelli formati nei sistemi civilistici di *common law*. E questi vanno, come si è visto, dalla difesa della *property* privata delle aziende e della libertà di iniziativa economica<sup>162</sup> all'ammissione della possibilità di nazionalizzazioni in settori più o meno vasti<sup>163</sup>.

Ma l'esigenza di attirare capitali e tecnici stranieri anche nelle aziende non minerarie ha determinato il ricorso ad accorgimenti giuridici analoghi

---

dello Stato in cui si trovano i giacimenti a imprese minerarie (particolarmente petrolifere) insieme con società straniere (in genere multinazionali) private o anche pubbliche cfr. G. MULACK, *Rechtsprobleme* cit. 87 ss. dove oltre a indicare come precedenti di tale accordo anglo-iraniano (noto come concessione Know d'Arcy) del 1901 e un altro accordo tra Francia e Inghilterra, da una parte e Irak, dall'altra, del 1920 egli considera esempi-guida dei tempi recenti l'accordo tra la italiana AGIP e l'iraniana NIOI e l'accordo tra l'Arabia Saudita e l'Auxtrap, 131 ss. (dove illustra le moderne tendenze negli accordi di tale genere); *Proceedings* cit. (1970), 137 ss. (dove è ad es. riferito il principio costantemente adottato in Indonesia di ammettere compagnie straniere all'estrazione di idrocarburi solo in associazione con la compagnia petrolifera statale Pertamina). *Proceedings* cit. (1973), 4.56; 94 s. 112 s. Deve per altro notarsi che tutti questi indirizzi e i relativi strumenti giuridici sono entranti in crisi, subendo modificazioni più o meno profonde fino talvolta a venire addirittura sovvertiti, in seguito alla nuova politica del petrolio attuata nei Paesi produttori dopo l'ottobre 1973 e ancora più dopo la rivoluzione iraniana. Il fenomeno si è esteso alle altre materie energetiche e alla materia prime in genere.

<sup>162</sup> V. p.es. la Cost. del Congo Brazzaville (dicembre 1967) art. 8 "Le droit de propriété est intangible"; la Cost. Thailandese (21 giugno 1968) art. 32 "Il diritto di proprietà è garantito; l'estensione e limiti di questo diritto sono determinati dalla legge", art. 64 "Lo Stato incoraggia l'iniziativa privata nell'econ."; Cost. brasiliana del 1967 art. 157 "L'ordine economico e sociale ha il fine di realizzare la giustizia sociale, basandosi sui seguenti principi: I° la libertà di iniziativa; II° la valorizzazione del lavoro come condizione della dignità umana".

<sup>163</sup> V. p.es. cost. del Venezuela del 1961 art. 97; cost. dello Zaire del 1967 art. 14. In pratica l'ampiezza delle nazionalizzazioni effettive è molto varia: per un caso di nazionalizzazioni piuttosto ampie cfr. la rassegna *Structures et réalités juridiques des nationalisations algériennes*, 17 *Rev. intern. de droit comparé*, 73 ss. (1965); per lo più invece il campo delle imprese esclusivamente pubbliche è limitato ai servizi pubblici (un importante esempio è la Regideso, per l'acqua e l'elettricità, istituita nel Burundi con D.L. 2 ottobre 1968 e un'importante eccezioni sono le acciaierie statali Paz del Rio in Colombia).

a quelli sperimentali per le aziende minerarie<sup>164</sup>. Tali sono l'esenzione da certe imposte doganali e da una parte dell'imposta sul reddito, le facilitazioni creditizie, l'autorizzazione a esportare in valuta straniera i profitti e, in caso di scioglimento o liquidazione dell'azienda, il capitale, la garanzia che non si procederà a nazionalizzazioni o espropriazioni; tale è anche l'associazione nell'esercizio dell'impresa di compagnie e società straniere (private o pubbliche) con lo Stato ospitante o con società o enti statali o pubblici da esso promossi<sup>165</sup>.

---

<sup>164</sup> Caratteristico è l'Investment Code dello Zaire (decr. Legge 20 agosto 1965) che all'art. 5 fornisce garanzie contro espropriazioni, all'art. 7 accorda esenzioni da "entry duties", all'art. 8 consente di trasferire nella valuta del paese d'origine capitali e profitti e agli artt. 14-22 prevede, per le imprese di particolare rilevanza, o "priority regimes" o apposite convenzioni fra l'investitore straniero e lo Stato. Ma per un panorama completo dei codici d'investimento e altre misure legislative v. in Africa CHR. HABERIV, *Les investissements étrangers en Afrique*, Paris-Abidijan 1979, 122 ss. e *Annexe* alla fine del volume. Per uno sguardo più generale v. *The Encouragement and Publication* n. 3 di *The International and Comparative Law Quarterly* (London 1962): ivi E. LAUTERPACHT, *Drafting of Conventions for the Protection of Investment*, 18 ss.; F.J. PEDLER, *The Problems in East and West Africa*, 63 ss.; P. GRIFFITHS, *India, Pakistan and Burma*, 78 ss.

<sup>165</sup> Sul tema cfr. J.H. CRABB, *The Legal System of Congo-Kinshasa* 135 ss.; M.R. ANGULA, *Comments on the Status of Foreign Business Corporations under the Commercial Codes of Argentina and Venezuela*, *Inter-american Law Rev.*, 159 ss. (1962). La cost. Venezuelana, art. 107, prevede, d'altro canto, l'emanazione di regole relative alla partecipazione di capitali stranieri allo sviluppo economico nazionale. Per maggiori dettagli cfr. vol. XV dell'*Intern. Enc. of Comp. Law*.



## Capitolo II

### *Specie e contenuto dei property interests*

SOMMARIO: 1. Premessa concettuale e terminologica – 2. L'ambito della *property* – 3. Specie dei *property interests* e programma di esposizione – 4. Il possesso – 5. Regimi immobiliari imperniati sulla proprietà e regimi immobiliari che prescindono dalla proprietà – 6. La proprietà immobiliare – 7. I *property interests* a contenuto generale diversi dalla proprietà nei regimi immobiliari fondati sulla proprietà: *a)* Nei sistemi civilistici; *b)* Nei sistemi misti; *c)* Nei sistemi socialisti; *d)* Negli altri sistemi giuridici – 8. I *property interests* a contenuto generale nei sistemi di *common law* – 9. I *property interests* a contenuto generale in altri sistemi il cui regime immobiliare non è fondato sulla proprietà.

#### 1. *Premessa concettuale e terminologica*

I – Si è già stabilito con stipulazione definitoria<sup>1</sup> che, per indicare il diritto spettante a un soggetto su (o rispetto a) un bene, si sarebbe usata l'espressione "*property (proprietary) interest*". Sebbene "*property*" possa avere questo stesso significato, la polivalenza del termine impedisce di intenderlo in modo tecnico e consiglia di aggiungervi a questo fine un altro termine, che lo specifichi. Il termine appropriato sembra sia "*interest*". Viene dunque confermata quella stipulazione definitoria<sup>2</sup>.

Considerando ora il termine "*interest*", notiamo che la sua accezione giuridica inglese appare strettamente connessa con la sua accezione comune. Nel linguaggio comune "*interest*" indica l'aspirazione o l'esigenza di un soggetto rispetto a qualcosa<sup>3</sup>; e nel linguaggio giuridico inglese

---

<sup>1</sup> *Retro, Introduzione*, par. 1 ivi si è sostanzialmente seguito il modello dell'American Restatement of the *Law of Property*, I, 4-12. Questo modello è l'ispiratore di tutto il presente paragrafo.

<sup>2</sup> Si conferma pure che, quando il contesto lo consiglierà, si userà "*right*" invece di "*interest*" (in ispecie "*right of property*" "*property right*", conformemente a modelli anch'essi proposti da autori e giudici inglesi e americani) v. da ultimo *Davis v. Johnson*, (1978) *All ER* 841 a 848.

<sup>3</sup> Derivando, dal verbo latino "interesse", c'è nel sostantivo inglese "*interest*" e nei corrispettivi sostantivi di altre lingue moderne l'idea della tensione di un soggetto verso



esso indica ciò che il diritto attribuisce a un soggetto per permettergli di soddisfare tale aspirazione, tale esigenza<sup>4</sup>. In materia di *property* questa aspirazione o questa esigenza è da presupporre abbia carattere economico o economico-sociale e si riferisca a ciò che nel precedente subchapter si è chiamato “bene”. Ora quanto il diritto attribuisce a un soggetto per permettergli di soddisfare una sua aspirazione o una sua esigenza rispetto a un bene è di regola composto di più elementi giuridici, vale a dire è un insieme o un aggregato di elementi giuridici semplici. Ciascuno di questi elementi deve, a sua volta, avere un nome; e in realtà i giuristi, che da secoli esaminano, non hanno mancato di dare loro un nome, ma, non essendo sempre concordi, hanno determinato una certa confusione terminologica, che può tradursi in una confusione di concetti.

Occorrono dunque stipulazioni definitorie anche per gli elementi semplici. Nel formulare è ovviamente necessario tenere conto dei termini già usati dai giuristi e scegliere il modo univoco fra essi; conviene inoltre evitare di chiamare “*interest*” l’uno o l’altro di tali elementi semplici<sup>5</sup>.

A quest’ultimo riguardo deve ammettersi la possibilità che l’attribuzione fatta dal diritto a un soggetto per permettergli di soddisfare una sua data aspirazione o una sua data esigenza consista in un unico elemento e che appaia naturale chiamare “*interest*” quest’unico elemento. Bisogna invece mantenere ferma la distinzione anche in questo caso limite, indicando col suo termine specifico l’elemento semplice, considerato per sé stesso, e chiamando “*interest*” l’attribuzione giuridica finalizzata al soddisfacimento di un’aspirazione o di un’esigenza di un soggetto, quando pure all’interno di quest’ultima non si trovi in concreto se non quell’unico elemento.

Prima di passare alle promesse stipulazioni definitorie, occorre fare un’ultima avvertenza. Formulando tali stipulazioni, naturalmente non si presuppone né che gli elementi, a cui si riferiscono, ammettano solo la corrispondente definizione e non possano, con un’analisi più rigorosa o

---

qualcosa (p. es. nel New Webster Dictionary il significato etimologico è spiegato con le parole “it concerns”, “it is of importance”, donde i significati attuali “concern”, “sympathy”, “regard” e gli ulteriori sviluppi “advantage”, “good”, “profit”). Nel testo si è cercato di esprimere tale tensione verso qualcosa con le parole “aspirazione”, “esigenza”.

<sup>4</sup> È ovvio richiamare in proposito la celebre definizione del diritto soggettivo (equivalente all’“*interest*” di cui parliamo) formulata da R.v. JHERING, *Passive Wirkungen des Rechts*, 10 *Jahrbuch für die Dogmatik*, 396 ss. (1871), I, 351; “*Das rechtlich geschützte Interesse*” ossia “*l’interesse* (nel senso del linguaggio comune) *protetto dal diritto*”.

<sup>5</sup> L’American Restatement, I, 9, afferma invece che “*interest*” è usato nel Restatement stesso per indicare tanto l’aggregato quanto “distributedly” qualsiasi elemento che lo componga. Una simile ambivalenza del termine “*interest*” potrebbe generare equivoci e qui è evitata.

diversamente orientata, definirsi in modo diverso (in ipotesi migliore), né che questi elementi siano veramente parti costitutive dei *property interests* e non possono, con un'analisi più rigorosa o diversamente orientata, dimostrarsi privi di reale consistenza giuridica<sup>6</sup> oppure esterni all'effettivo contenuto dei *property interests*. Ai fini che qui importano è sufficiente che, individuando quegli elementi, considerandoli parti costitutive dei *property interests* e assegnandogli i caratteri risultanti dalle rispettive stipulazioni definitorie, si riesca a descrivere in modo coerente e comprensibile il contenuto dei *property interests* nei vari sistemi. L'analisi rigorosa, alla luce dell'uno o dell'altro orientamento metodologico o fisiologico, potrà avvenire in altra sede.

Rinunciando a una simile analisi, si è finito col largheggiare alquanto nell'includere elementi nei *property interests* e si è sostanzialmente adottato al riguardo un criterio di mera opportunità descrittiva. Così si sono inclusi nel contenuto dei *property interests* tanto il potere di disporre quanto gli obblighi diretti al limitare, dall'interno o dall'esterno<sup>7</sup>, i diritti del titolare di un *interests*; e si sono invece esclusi da esso i mezzi di tutela giudiziaria (remedies). D'altro canto, la trattazione degli obblighi costituenti limiti, pur compresa in questo subchapter, è stata collocata alla fine di esso

<sup>6</sup> Nei sistemi civilistici p.es. si è sostenuto con abbondanza e sottigliezza di argomenti che l'elemento qui chiamato "facoltà" (privilege) non sarebbe se non il riflesso dell'obbligo che vincola un altro o altri soggetti a non impedire il compimento degli atti, supposto oggetto di tale "facoltà", e che questa quindi, per la scienza del diritto, non esisterebbe (citazioni in G. PUGLIESE, *Facoltà e proprietà temporanea nella struttura dell'usufrutto*, 2 *Studi in memoria di F. Vassalli* 1304 ss. (1960). In questa sede, come si dice nel testo, la sostanza del problema può rimanere impregiudicata.

<sup>7</sup> La distinzione tra limite operante dall'interno e limite operante dall'esterno è particolarmente avvertibile, quando si tratta di *property interest* ritagliati nell'ambito di un *property interest* più ampio e conferenti al loro titolare la possibilità di godere in una certa misura il bene oggetto di quel *property interest* più ampio. In questo caso il limite risulta posto dall'interno, se l'obbligo in cui consiste non è se non residuo dell'obbligo generale di tutti gli estranei al *property interest* più ampio di non ingerirsi nel bene che ne è oggetto, se cioè semplicemente significa che il titolare del *property interest* minore è equiparato per tale riguardo agli altri estranei e risulta quindi privo (in tutto o in parte) di uno o più fra gli elementi compresi nel *property interest* più ampio e astrattamente idonei a comporre un qualsiasi *property interest*. Il limite appare invece esterno, quando il relativo obbligo non determina la mancanza (totale o parziale) di uno o più fra gli elementi, ma ha un contenuto diverso e autonomo (cfr. G. PUGLIESE, *Usufrutto*, 63 n. 1, 65). In questo capitolo tuttavia si prescinde da simile distinzione, poiché si vuole descrivere la situazione giuridica complessiva del titolare dei vari *property interests*, la quale è il risultato, sia degli elementi positivi che gli sono attribuiti sia degli obblighi che, dall'interno o dall'esterno, diminuiscono la misura in cui l'aspirazione o l'esigenza di quel soggetto relativamente al bene viene giuridicamente soddisfatta.

in apposito paragrafo; e, a sua volta, la trattazione degli atti giuridici costituenti esercizio del potere di disporre è stata distinta da quella del potere per sé stesso, in quanto elemento di *property interest*, ed è stata collocata in separato subchapter, perché è parso opportuno, sempre a fini descrittivi, che essi venissero considerati insieme con gli altri atti e fatti capaci di produrre la nascita, la modificazione e l'estinzione di quegli *interests* (o, sotto un altro profilo, il loro acquisto e la loro perdita).

II. Veniamo ora alle stipulazioni definitorie relative a quegli elementi e quindi ai termini di cui ci si intende servire per designarli.

Il primo termine è “pretesa” (claim)<sup>8</sup>. Con esso si intende qui l'aspettativa, garantita dal diritto e quindi suscettibile di essere fatta valere in giudizio, che un altro o altri soggetti compiano un dato atto o si astengano dal compiere un dato atto nei confronti del titolare<sup>9</sup>. Correlativamente alla pretesa sussiste l'obbligo (duty), che, come risulta dalla precedente stipulazione definitoria, può avere per oggetto un comportamento o l'omissione di un comportamento e fare capo a un singolo soggetto, a un certo numero di soggetti determinati o a un numero indeterminato di soggetti<sup>10</sup>.

Il secondo termine è “facoltà” (privilege). Con esso si intende qui la libertà giuridica di un soggetto di compiere e non compiere un dato atto. Di fronte ad esso il soggetto che avrebbe interesse all'omissione o, viceversa, al compimento di quel dato atto è privo di qualsiasi pretesa,

<sup>8</sup> L'American Restatement, I, 4 chiama l'elemento “right” e spiega che il termine è usato per indicare un “legally enforceable claim”. Sembra preferibile chiamare l'elemento direttamente “pretesa” (claim), sia per spiegare in che senso il termine “pretesa” viene inteso (altrimenti la stipulazione definitoria potrebbe apparire tautologica), sia inoltre per permettere l'impiego di “right” in un senso simile a quello di “interest”, conformemente all'uso corrente dei giuristi e dei giudici, che parlano tanto di “property rights” che di “property interests”.

<sup>9</sup> Il titolare della “pretesa” è il destinatario del compimento o dell'omissione dell'atto. In caso di omissione, questa destinazione (che ovviamente non emerge dalla condotta del soggetto passivo) si desume dallo specifico vantaggio che il titolare trae da tale omissione (in quanto per es. gli permette di servirsi di un bene) e si traduce inoltre nel suo potere di agire in giudizio nel caso l'atto vietato venga invece compiuto.

<sup>10</sup> L'obbligo può vincolare, oltre che uno o più soggetti determinati, la generalità dei soggetti. In molti sistemi giuridici si ritiene che l'obbligo contrapposto alla pretesa spettante al titolare di un *property interest*, obbligo in genere negativo (di non ingerirsi in un certo bene, di non impedire al titolare di goderne o di servirsene), abbia appunto la caratteristica di vincolare la generalità degli altri soggetti. La questione è tuttavia controversa, sia perché alcuni giuristi ritengono che un simile obbligo (vincolante cioè una così ampia sfera di soggetti) non appaia concepibile sia perché altri sostengono al contrario che esso non è caratteristico dei *property interests*, ma sussiste rispetto a tutti gli *interests* e serve a garantirli. Sulla questione si dovrà dunque tornare.

poiché appunto l'altro soggetto è libero, ossia non ha obblighi né positivi né negativi riguardo a quell'atto.

Ma la libertà del titolare di una facoltà è rilevante anche rispetto agli organi pubblici, che a causa di essa risultano privi del potere di disporre di misure dirette sia a costringere quel titolare a compiere o non compiere quell'atto, sia a punirlo per averlo o non averlo compiuto<sup>11</sup>. Data tuttavia la varietà dei piani su cui possono operare le valutazioni giuridiche, è concepibile che un atto, il quale sia oggetto di una facoltà facente parte di un dato *property interests*, divenga contemporaneamente, su di un altro piano, soggetto di un obbligo positivo o negativo, non sia più cioè un atto libero<sup>12</sup>.

Il terzo termine è "potere" (power). Con esso si intende qui la capacità conferita a un soggetto dal diritto di determinare con un suo atto, solo o combinato con atti di altri soggetti, il prodursi di un effetto giuridico (ossia di un mutamento della situazione di diritto preesistente) nei confronti suoi o in quelli di altri soggetti. Come risulta dalla definizione, sono possibili almeno tre ipotesi, che corrispondono ad altrettanti gradi di potere: a) il potere è esercitato efficacemente con un atto del solo titolare e l'effetto giuridico si produce nei suoi soli confronti (p. es. rinuncia a un *property interest* con atto unilaterale); b) il potere è esercitato efficacemente solo mediante la combinazione di un atto del titolare con l'atto di un altro o di altri soggetti e l'effetto giuridico si produce o nei soli confronti del titolare o nei confronti suoi e dell'altro e degli altri soggetti (p. es. rinuncia a un *property interest* con atto bilaterale; trasferimento di un *property interest* a un altro o ad altri soggetti); c) il potere è esercitato con un atto del solo titolare e l'effetto giuridico si produce nei confronti di un altro soggetto (p. es. l'alienazione di un *property interest* da parte di un procuratore del titolare di quell'*interest*; la dichiarazione da parte del beneficiario di un patto di riscatto o di prelazione della sua volontà di comprare o ricomprare un dato *interest* per un dato prezzo stabilito<sup>13</sup>. Nei casi sub c) al potere è correlativa

<sup>11</sup> Su questo punto, non messo in evidenza dall'American Restatement, I, 5, Cfr. G. PUGLIESE, *Usufrutto*, 39 n. 17.

<sup>12</sup> Vengono particolarmente in considerazione i casi in cui o le norme che, combinando insieme i vari elementi di cui stiamo parlando, determinano il contenuto intrinseco del *property interest* o le norme che limitano tale contenuto estrinsecamente prescrivono o vietino l'esercizio di una facoltà compresa nel *property interest* stesso. Tale p.es. il caso della norma che, prescrivendo all'enfiteuta di un fondo di migliorare questo fondo, crea in sostanza un suo obbligo di esercitare, e di esercitare in un dato modo, la facoltà di godimento che gli spetta; tale ugualmente il caso delle norme che, vietano al proprietario di un'area di compiere su di essa determinate costruzioni, lo obbligano in sostanza a non esercitare in tutto o in parte la facoltà di costruire compresa nella proprietà.

<sup>13</sup> Può sembrare che gli atti sub a) e sub b) siano puro e semplice esercizio di libertà in

una “soggezione”, nel senso di incapacità di un soggetto di impedire con propri atti giuridici il prodursi di un effetto giuridico nei suoi confronti. Nei casi sub b) non sussiste soggezione, poiché il prodursi di un effetto giuridico nei confronti dell’altro soggetto è condizionato al compimento di un atto da parte sua, atto che, a sua volta, può considerarsi esercizio di un potere. Nei casi sub a) non esiste ugualmente soggezione, perché l’effetto è previsto si produca solo nei confronti del soggetto agente.

Il quarto termine è “obbligo” (duty). Con esso si intende qui la necessità imposta dal diritto a un soggetto di compiere o non compiere un dato atto nei confronti di un altro o altri soggetti<sup>14</sup>. Gli obblighi che ora vengono in considerazione sono quelli che vincolano il titolare di un *property interest* come tale<sup>15</sup> e che incidono sul contenuto giuridico o economico di quell’*interest*, consistendo, sia nella necessità giuridica di non esercitare una facoltà o ancora di esercitarla in un certo modo, sia nella necessità giuridica di sopportare atti compiuti da altri sul bene oggetto del suo *interest*, sia infine nella necessità giuridica di compiere prestazioni a favore

---

quanto i loro effetti si producono a carico o in danno di un soggetto passivo, ma soltanto nei riguardi di chi li compie e conformemente alla sua volontà; e che, di contesto chiamarsi “facoltà” (privilege) che non “potere” (power). Anche a questo riguardo la sostanza del problema rimane impregiudicata. Nell’ambito della presente esposizione tuttavia si è preferito il termine “potere” per mettere in risalto la differenza che appare sussistere tra gli atti ora considerati e quelli prima menzionati come oggetto di una facoltà. I primi infatti consistono in dichiarazioni o manifestazioni (sia pure talvolta indirette) di volontà intese a produrre nei confronti dell’autore un effetto vincolante (almeno sociale, ma che, comunque, si presuppone riconosciuto dal diritto), in seguito al quale l’autore non è più in grado di mutare quella volontà; i secondi sono soltanto atti materiali, non destinati di per sé a produrre effetti vincolanti (né sociali, né giuridici). Sussiste, certo, anche una differenza fra gli atti sub a) e sub b), da una parte, e gli atti sub c), dall’altra, poiché soltanto rispetto a questi ultimi, come si dice di seguito nel testo, si ha la soggezione di un secondo soggetto; ma questa può considerarsi una differenza di grado, di non natura, e non impedisce quindi che, sempre ai fini della presente esposizione, si usi il termine “potere” (power) per designare la possibilità di compiere tutti quanti gli atti indicati. L’American Restatement, I, 6, sembra invece riservare l’uso del termine “power” ai soli casi sub c).)

<sup>14</sup> La necessità giuridica di compiere o non compiere un dato atto può forse articolarsi in qualche sottocategoria (cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, I Milano 1970, 501, che distingue la necessità di un “comportamento specifico” (obbligo) da quella di un “comportamento aspecifico” (dovere).

<sup>15</sup> Naturalmente anche gli obblighi corrispondenti alle pretese contenute nei vari *property interests* sono rilevanti nel presente capitolo ma si sono già implicitamente considerati quando si parla appunto di tali pretese. Ora devono invece essere messi in risalto gli obblighi che simmetricamente vincolano il titolare del *property interest* verso gli estranei o verso la collettività o verso lo Stato o altri enti pubblici, quasi come attuazione della formula della Cost. della Germania Federale già della Cost. Weimar “Eigentum verpflichtet”.

di altri<sup>16</sup>. Può darsi che simili obblighi sussistano nei confronti del titolare di un altro *property interest* o, comunque di un soggetto privato; può darsi invece che essi sussistano nei confronti della collettività o dello Stato o di un altro ente pubblico. Di alcuni di essi si parlerà nella descrizione dei singoli *property interests*; a tutti si dedicherà poi una sezione alla fine di questo paragrafo, dove si esporranno complessivamente i limiti a cui i *property interests* sono soggetti<sup>17</sup>.

Il quinto termine infine è “immunità” (*immunity*). Con esso si intende qui “l’assenza di soggezione di un soggetto al prodursi di un effetto giuridico nei suoi confronti (ossia del mutamento di una situazione di diritto che lo riguarda) in conseguenza del compimento o dell’omissione di un dato atto da parte di un dato soggetto”. Correlativa all’immunità del primo soggetto è l’assenza di potere del secondo soggetto. L’immunità che qui viene in considerazione non è quella in cui si trova qualsiasi titolare di un *property interest* rispetto ai soggetti estranei a questo *interest*, un’immunità ovvia e normalmente senza rilevanza, ma quella in cui egli viene a trovarsi in seguito a un fatto che priva un altro o altri soggetti del potere loro spettante verso di lui (p. es. la scadenza del termine entro cui il potere doveva essere esercitato).

## 2. *L’ambito della property*

Si è notato in principio<sup>18</sup> che i sistemi di *common law* assegnano alla *property* un ambito più ampio che non i sistemi civilistici e socialistici, poiché vi includono anche crediti di denaro o di cose determinate, nonché in generale diritti di obbligazione, mentre i sistemi civilistici e socialistici (almeno tradizionalmente) vi includono solo la proprietà, i così detti diritti reali di garanzia e da essi separano i crediti di denaro o di cose determinate, nonché in generale i diritti di obbligazione, che racchiudono insieme

<sup>16</sup> P. es. il titolare di un *term of years* è obbligato a pagare un canone al *fee simple tenant*. In casi di questo genere l’obbligo non limita giuridicamente il contenuto del *property interest*, ma incide sul vantaggio economico che il titolare ne trae.

<sup>17</sup> Beninteso, mentre tutti gli obblighi si traducono in limiti (almeno sul piano economico), non tutti i limiti consistono in obblighi; alcuni consistono in soggezioni al potere dello Stato o di un altro soggetto (p.es. al potere di espropriazione), altri nella privazione o restrizione di una pretesa o un potere (in ispecie del potere di disporre quando un dato atto di disposizione, vietano o no, sia dichiarato dal diritto privo di effetti).

<sup>18</sup> *Retro, Introduzione* par. 1.

in una categoria distinta da quella della *property*? Ciò che caratterizza i *property interests* nei sistemi civilistici e socialistici che evidentemente non ha la medesima rilevanza nei sistemi di *common law*, è la “realtà”. Di questa i giuristi sogliono mettere in luce due aspetti essenziali: a) quello del potere immediato sul bene, che, secondo le precedenti stipulazioni definitorie, può precisarsi come facoltà di servizi direttamente del bene nella misura e nei modi propri del singolo *interest* adattati al singolo bene oppure come potere di utilizzare il valore del bene con appropriati atti giuridici per soddisfare il credito garantito; b) quello della possibilità di fare valere l'*interest* nei confronti di qualsiasi terzo ne impedisca o ne ostacoli l'esercizio, possibilità che, secondo quelle stipulazioni definitorie, può precisarsi come spettanza al titolare dell'*interest* di una pretesa verso tutti i terzi alla astensione da ingerenze del bene contrastanti con quell'esercizio<sup>19</sup>. Gli *interests* di natura obbligatoria o non contengono nessuna facoltà o nessun potere relativamente a un bene, come i pure crediti (di denaro, di cosa determinata e anche di genere) o almeno non contengono una pretesa verso tutti i terzi, bensì soltanto una pretesa verso una o più controparti determinate. Essi hanno dunque una struttura alquanto diversa, ma ciò non ha impedito e non impedisce ai *common lawyers* di affiancarli agli altri *interests* e di comprenderli insieme con questi nella categoria generale della *property*.

Molti fattori hanno verosimilmente favorito questo risultato. Menzionerei la polivalenza del termine *property* (che indica insieme i diritti, i beni, gli elementi del patrimonio)<sup>20</sup>, la distinzione, tipica dei sistemi di *common law*, fra real *property* e *personal property* (che poteva in origine apparire equivalente a quella tra diritti reali e diritti di obbligazione con l'inclusione nella seconda categoria di tutti i diritti su beni mobili), il valore decisivo attribuito, anche per influenza della tradizione e della prassi, alla natura patrimoniale di entrambe le categorie dei suddetti *interest* (qualificati nei sistemi civilistici come diritti reali e diritti di obbligazione), in contrapposto agli *interests* attinenti invece alla persona e alla famiglia e

<sup>19</sup> Sono oggetto della pretesa di cui si parla solo gli atti dei terzi che si concretino in ingerenze nella cosa, su cui la facoltà deve potersi esercitare, non anche quelli che si rivolgano contro la persona di chi esercita la facoltà. A impedire gli atti della seconda specie tende la pretesa contenuta nei diritti personali, in specie in quelli di libertà. Il problema poi se la pretesa si indirizzi veramente verso tutti i terzi, come è detto nel testo, oppure solo verso alcuni o verso un unico soggetto passivo determinato, verrà esaminato più avanti

<sup>20</sup> Si è infatti già visto che i diritti di obbligazione possono ben considerarsi, almeno da certi punti di vista, come veri e propri beni; e non v'è dubbio, d'altro lato, che essi rappresentano elementi del patrimonio.

privi evidentemente di natura patrimoniale.

Non bisogna credere, comunque, che nei sistemi civilistici la linea distintiva tra proprietà e diritti reali, qualificabili come *property interests*, da una parte, e diritti di obbligazione non qualificabili come *property interests*, dall'altra, sia ammessa da tutti gli autori o sia per tutti ugualmente netta, né che le due categorie contrapposte esauriscano l'intero campo dei diritti patrimoniali. Qui alla fine del secolo scorso si erano infatti enunciate teorie che importavano la riduzione delle proprietà e dei diritti reali all'obbligazione<sup>21</sup> o che, comunque, mettevano in discussione la tradizionale linea distintiva tra gli uni e l'altro<sup>22</sup>.

Più recentemente si è sostenuto che i diritti reali su cosa altrui non sarebbero altro che crediti verso il proprietario attuale di quella cosa, e precisamente crediti "reali" perché il loro soggetto passivo muterebbe col mutare del proprietario di quella cosa, ma che, d'altra parte, sia questi crediti, sia quelli "personali" sarebbero integrati da un obbligo di tutti i terzi, uguale a quello stabilito a garanzia della proprietà, "obligation passive universelle"<sup>23</sup>.

In questo modo proprietà, diritti reali su cosa altrui e diritti di obbligazione sarebbero equiparati sotto l'aspetto dell'opponibilità ai terzi<sup>24</sup>; e quindi la linea distintiva fra essi risulterebbe evanescente.

<sup>21</sup> Espressamente questa riduzione era stata sostenuta da M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*. I. (Paris 1896) 2158 s; MICHAS, *Les droit réel considéré comme une obligation passivement universelle* (Paris 1900); ma essa è implicita anche in altre concezioni della proprietà e dei diritti reali come semplici pretese al comportamento negativo dei terzi (esemplare fra esse quella di M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, (5<sup>a</sup> ed., Torino 1958), 390 s.; ma v. anche R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris 1911, 505 ss.

<sup>22</sup> V. in particolare F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, I (così anche nella II ed. Paris 1932, 1933). Per la difesa della distinzione invece L. RIGAUD, *Le droit réel, histoire et théories* (Toulouse 1912).

<sup>23</sup> S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance* (Paris 1960) 32 ss. Su quest'opera cfr. La recensione favorevole di R. DEKKERS, 75 *Journal des Tribunaux*, 697 s. (1960) e quella ampiamente critica di J. DABIN, *Une nouvelle définition du droit réel*, 60 *Rev. trim. de dr. civ.* 20 ss (1962), nonché la replica di GINOSSAR, *Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel*, *ibid.* 573 ss. e un'ulteriore presa di posizione contraria di L. RIGAUD, *A propos d'une renaissance du «jus ad rem» et d'un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux*, 15 *Rev. int. dr. comp.* 260 ss. (1963). Ribadisce la distinzione fra diritti reali e diritti di obbligazione (o di credito) anche Cass. I<sup>o</sup> civ. 8 febbraio 1966, *Sem. jur.* J. 15116 (1967).

<sup>24</sup> Anche i crediti e i diritti di obbligazione in genere sarebbero infatti opponibili ai terzi, secondo la concezione del Ginossar. Questa opponibilità è stata, del resto, sostenuta anche in base a concezioni diverse da quelle del Ginossar: cfr. p. es. R. SAVATIER, *Le prétendu*



Un'altra tesi sostenuta nei tempi recenti riguarda i diritti di obbligazione, che comportano l'uso e il godimento di una cosa, come i diritti del conduttore, dell'affittuario, del comodatario. Essi, secondo questa tesi, non si distinguerebbero dai diritti reali che comprendono facoltà di uso e di godimento, come l'enfiteusi, l'usufrutto, le servitù affermative, e formerebbero con questi un'unica categoria di diritti non qualificabili né come diritti reali da equipararsi concettualmente alla proprietà né come diritti di credito<sup>25</sup>. Si deve inoltre considerare che da tempo esistono e operano tendenze ad attribuire (o a ritenere già ora spettante) al conduttore

---

*principe de l'effet relatif des contracts*, 33 *Rev. trim. dr. civ.* 540 (1934); A. FEDELE, *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito* (Milano 1956); F. BUSNELLI, *La tutela del credito da parte dei terzi* (Milano 1964), nonché la giurisprudenza francese cit. da R. ROUBIER, *Droit subjectif et situations juridiques* (Paris 1965) 250 ss. V. pure la legge francese 5 febbraio 1932 art. 32, circa il "débauchage" del lavoratore di una altra impresa (v. ora code du travail art. 122.15) e qualche sentenza italiana recente, che subordina per altro la responsabilità del terzo a rigorose condizioni (Cass. 26 gennaio 1971 n. 174, 123 *Giur. it.*, I.1.680 (1971); Cass. 24 aprile 1972 n. 1300, 95 *Foro it. Rep.* 1972 voce Resp. civ. 139; Cass. 24 giugno 1972 n. 2135, 96 *Foro it. I.*, 95 (1973); Cass. 28 gennaio 1974 n. 216; 97 *Foro it. Rep.* 1974 v. Resp. civ. 61. Occorre tuttavia osservare che l'eventuale responsabilità del terzo, che abbia causato (o concorso a causare) l'inadempimento di un'obbligazione deriverebbe dal danno da esso prodotto al credito col (concorrente a) determinare l'inadempimento del debitore e si fonderebbe sul principio generale del "neminem laedere", sicché non implicherebbe una pretesa del creditore verso i terzi ad astenersi da date ingerenze, la quale facesse parte del contenuto del diritto di credito. Questo, pur ammessa la responsabilità dei terzi, rimarrebbe caratterizzato dalla specifica pretesa del creditore verso il debitore e dal corrispondente obbligo del debitore, come unico e determinato soggetto passivo, verso il creditore. Al contrario la pretesa verso i terzi alla loro astensione da tutte o da talune ingerenze in una data cosa appartiene al contenuto della proprietà e dei diritti reali relativamente a tale cosa e serve a caratterizzarlo. In altri termini si può dire con P. ROUBIER, *op. cit.* 249 ss., 340 s. 346, che quanto caratterizza la proprietà e i diritti reali è la "inviolabilità", (ossia – interpreterei – la pretesa che permette di escludere ingerenze di terzi capaci di violare la parziale o totale disponibilità della cosa spettante al titolare del diritto), mentre quel che caratterizza il diritto di credito o di obbligazione in genere è la "esigibilità" (ossia – sempre secondo la mia interpretazione – la pretesa con la quale o grazie alla quale il titolare del diritto è in grado di esigere una data prestazione dal debitore).

<sup>25</sup> M. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento* (Milano 1940), *Id.*, *Diritti reali*, (Diritto civile), 5 *Noviss Dig. It.* 748 ss. (196.). Il Ginossar arriva alla stessa conclusione, poiché la sua teoria fa svanire la tradizionale distinzione fra diritti di obbligazione e diritti reali e quindi anche quella tra diritti reali e diritti personali di godimento. V. anche A. LUMINOSO, *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento* (Milano 1972). 22 ss. il quale tende a collocare i diritti personali di godimento in una posizione intermedia tra i diritti reali e i diritti di credito. Bisogna, comunque, ricordare che la responsabilità aquiliana dei terzi verso il titolare di un diritto personale di godimento non significa che questi abbia verso i terzi le pretese corrispondenti a quelle del titolare di un diritto reale.

e all'affittuario una pretesa verso tutti i terzi e quindi a riconoscere al loro diritto caratteri di realtà nel senso tradizionale del termine<sup>26</sup>.

Un altro punto discusso nei sistemi civilistici concerne la natura dell'ipoteca e in genere dei così detti diritti reali di garanzia. È stato invero sostenuto, specie da autori italiani, che essi sarebbero piuttosto poteri processuali che non diritti sostanziali o che ad essi almeno mancherebbe il carattere dell'assolutezza, in quanto vincolerebbe il solo proprietario attuale della cosa<sup>27</sup>. Sebbene siano stati fatti valere seri argomenti tanto per dimostrare l'appartenenza di quegli istituti al campo del diritto

<sup>26</sup> In Francia, a parte il lontano precedente di R. TROPLONG, *De l'échange et du louage* (Paris 1840), cfr. particolarmente R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, I (Paris 1948), n° 180 ss. ; III (Paris 1959) n° 485, che si fonda soprattutto sulla legislazione tendente a limitare o addirittura escludere il potere del locatore di licenziare l'affittuario di fondi rustici o l'inquilino di case d'abitazione e di fare loro effettivamente rilasciare l'immobile da essi occupato, nonché, in senso diverso, L. RIGAUD, 15 *Rev. int. dr. comp.*, 558 s., che preferisce avvicinare il diritto del conduttore al "ius ad rem" della tradizione romanistica e parlare di "droit personnel renforcé"; P. ROUBIER, *Droit subjectifs et situations juridiques* (Paris 1965), 341, che, pur ammettendo l'esistenza del problema, non ritiene di dover qualificare quel diritto se non come diritto di credito. In Germania il problema, già risolto in senso affermativo prima della II Guerra Mondiale da LONING, *Grundstückmiete als dingliches Recht* (Jena 1930), si è riproposto successivamente in considerazione della tutela possessoria goduta erga omnes dal conduttore (come del resto, da altri titolari di diritti personali di godimento e più ampiamente, come si vedrà, che nei sistemi civilistici di tipo francese) e dagli ostacoli al licenziamento con conseguente "garanzia di durata" per il conduttore introdotti dalla recente legislazione: cfr. G. DULCKHEIT, *Die Verdinglichung obligatorischer Rechte* (Tubingen 1959), 20 s.; F. BAUR, s. 29 (p. 276 ss.), il quale conclude (p. 280): "Insgesamt lässt sich sagen, dass die Miete einem beschränkten dinglichen Nutzungsrecht stark angenähert ist." In Italia la tesi affermativa è sostenuta soprattutto da C. LAZZARA, *Il contratto di locazione* (Milano 1961), 5 ss. 150, 244 n. 96 e, più di recente, da M. COMPORI, *Contributo allo studio del diritto reale* (Milano 1977), in senso diverso A. LUMINOSO, *La tutela aquiliana* cit., 201 n. 154, che distingue bensì i diritti personali di godimento (non solo, dunque, quello del conduttore) dai diritti di credito, ma non li assimila tuttavia nemmeno ai diritti reali. A risolvere il problema nei sistemi civilistici non sembra poi possa riuscire molto utile il modello dei leasehold *interest* dei sistemi di *common law*, che conseguirono tutela reale in Inghilterra già nel sec. XVI (senza per altro, come si è già notato, ottenere l'inclusione nella real *property*), poiché il problema della natura reale o obbligatoria degli *interests* non si pone in quei sistemi allo stesso modo che nei sistemi civilistici; e, d'altro canto, il lease, fonte di tali *interests*, è difficilmente equiparabile, specie perché suscettibile anche di lunghissima durata, alla locazione civilistica. Più simile, se mai, a quest'ultima appare nel campo immobiliare la licenza, la quale non produce (o è almeno dubbio che produca) *property interests* (sul che v. *infra*).

<sup>27</sup> Citazioni in G. PUGLIESE, *Diritti reali*, 12 *Enc. del Dir.* 773 n. 71; 774 n. 73 (1964). Contro la natura processuale, più di recente, M. FRAGALI, *Garanzia e diritti di garanzia*, 18 *Enc. del Dir.* 464 s. (1968); ID., *Ipoteca*, 22 *Enc. del Dir.* 751 s. (1972).

sostanziale quanto per mettere in luce il particolare tipo di assolutezza che li caratterizza<sup>28</sup>, il punto rimane parzialmente controverso.

Sempre considerando i sistemi civilistici, si nota che in quelli più conformi alla tradizione romanistica la pretesa contenuta nella proprietà e nei diritti reali di godimento e di garanzia è negativa, in quanto corrisponde a un obbligo di non fare o di tollerare, mentre in quelli che hanno recepito l'influenza di modelli germanici la pretesa contenuta in tali diritti può essere sia negativa sia positiva, in quanto può anche corrispondere a un obbligo di dare o di fare. Una pretesa positiva a una simile prestazione verso il proprietario attuale di un fondo è infatti l'essenza degli oneri reali (Realasten o Grundlasten) conosciuti p.es. dal sistema tedesco federale (CC §§ 1105-1112) e da quello svizzero (CC art. 782-792) e da essi inclusi fra i diritti reali. La categoria dunque, di questi diritti, anche a prescindere dalle incertezze e dalle critiche sopra accennate, viene ad apparire priva di omogeneità, non solo perché tali diritti comprendono pretese di diverso contenuto, ma anche perché essi si indirizzano, almeno in apparenza, verso sfere di soggetti passivi di diversa ampiezza.

Infatti soggetto passivo degli oneri reali non sembra sia un singolo momento che un singolo soggetto, ossia chi in quel momento è proprietario del fondo di cui si tratta, mentre la proprietà ha come soggetti passivi tutti i consociati e lo stesso può dirsi, sebbene, come negamento, il punto sia discusso, dei diritti reali su cosa altrui contenenti una pretesa negativa come l'enfiteusi, l'usufrutto, le servitù<sup>29</sup>. Naturalmente questa

<sup>28</sup> Essi sono infatti concepiti quali diritti al valore della cosa o, come dicono i tedeschi, Verwertungsrechte, i quali, pur venendo esercitati per lo più attraverso poteri processuali, non si esauriscono affatto in essi, ma vincolano la cosa, relativamente al suo valore, e sono quindi opponibili, oltre che ai successivi proprietari della cosa, anche ai terzi in genere (sia a quelli che compiano ingerenze capaci di diminuire il valore della cosa, sia ai creditori chirografici del proprietario i quali vogliono appropriarsi del valore della cosa per soddisfare i propri crediti: cfr. U.V. LÜBTOW, *Die Struktur der Pfandrechte und Reallasten, I, Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts* (Fescht. Lehmann, Belin-Tübingem-Frankfurt a.M. 1956), 328 ss., HEDEMANN, 297, H. EICHLER, I, 20 ss.; II, 2, 430 ss.; D. RUBINO, *L'ipoteca* (I ed. Milano 1956, 12 s.; F. BAUR, § 36.II.I; § 55 A.I.

<sup>29</sup> È stata da tempo sostenuta la tesi che ai diritti reali di godimento farebbe riscontro solo l'obbligo del proprietario attuale della cosa (cfr. p. es. E. BOCKING, *Institutiones des römischen Civilrechts* (II ed., Bonn 1862), 92; C. FADDA – P.E. BENZA, *Note a B. WINDSCHEID, Diritto delle Pandette*, IV (rist. Torino 1926), 102 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui in diritto romano*, 11 *Arch. giur.* 451 ss. (1909) D. BARBERO, *La legittimazione ad agire in confessoria e negatoria servitutis* (II ed. Milano 1950), 77 ss. A questa tesi si ispira il GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, 89 ss. 10 ss., quando assimila quei diritti a diritti di credito verso il proprietario attuale della cosa (e automaticamente trasferibili nei confronti dei successivi proprietari). Ora è senza dubbio vero che il proprietario attuale

possibile mancanza di omogeneità assume rilievo nei sistemi civilistici, poiché essi fondano la delimitazione del campo di *property interests* sulla “realità”, intesa come elemento discriminante fra essi e i criteri e diritti di obbligazione in genere. Essa invece apparirebbe irrilevante nei sistemi di *common law*, che certo includono nella *real property* gli oneri reali (charges), poiché essi ammettono in generale *property interest* contenenti pretese verso un unico soggetto passivo.

Un ultimo aspetto che può rendere problematico l’ambito della *property* nei sistemi civilistici è quello che concerne i diritti sulle creazioni intellettuali, sull’azienda e su quanti altri eventuali beni siano da considerare incorporali. Come si è visto<sup>30</sup>, il sistema tedesco e altri da esso influenzati escludono che tali beni possano essere oggetto di proprietà e di diritti reali e delineano quindi una particolare categoria di “diritti sui beni incorporali” (*Immatrialgüterrechte*). Altri sistemi civilistici non hanno norme che analogamente ostacolano l’ammissione di una proprietà o di diritti reali su beni incorporali. Tuttavia si è visto come una parte importante della dottrina francese e italiana si sia mostrata contraria a considerare le creazioni intellettuali e l’azienda come beni o come beni autonomi o almeno a inquadrare negli schemi della proprietà e dei diritti reali gli *interests* giuridicamente riconosciuti rispetto ad esse, includendoli piuttosto

---

della cosa è il soggetto che subisce una limitazione in seguito alla nascita di uno dei diritti (e simmetricamente quello che si avvantaggia della sua estinzione), sicché viene ad essere legato al suo titolare da speciali rapporti giuridici (in senso passivo e in senso attivo). Ma non è vero che il diritto reale su cosa altrui comprenda la sola pretesa alla tolleranza del proprietario della cosa, poiché, in caso di ingerenze nella cosa da parte di un terzo, il titolare non ha nessun bisogno, e nessun diritto, di chiedere al proprietario di difenderlo, ma può, e deve, difendersi da solo, il che significa che quel terzo, come qualsiasi altro terzo, ha un obbligo verso di lui e, simmetricamente, che egli ha una pretesa verso quel terzo, come verso qualsiasi altro terzo. In linea di fatto potrà accadere che certe ingerenze siano possibili solo da parte di chi sia possessore (non necessariamente proprietario) della cosa e che altre ingerenze siano più probabili da parte di date categorie di terzi che non da parte di altre categorie; ma in linea di diritto sono tutti ugualmente obbligati a non ingerirsi nella cosa in modo contrastante con le facoltà di uso e godimento spettanti al titolare, poiché solo a questa condizione può sussistere un legame diritto del titolare con la cosa, che è il contrassegno della realtà.

<sup>30</sup> Quanto agli oneri reali (*Real, Grundlasten*) essi indubbiamente comprendono una pretesa al compimento di una data prestazione solo verso il proprietario attuale del fondo, ma vincolano anche lo stesso fondo in modo analogo ai diritti reali di garanzia e quindi sono opponibili ai terzi nella misura in cui lo sono questi ultimi diritti: cfr. H.EICHLER, I, 19 s., II, 2, 515 s.; F. BAUR, § 3 II.bb; 35.I. Diversamente dunque dall’apparenza posta in rilievo nel testo, potrebbe sostenersi che gli oneri reali, nonostante le loro particolari caratteristiche, non sono privi di omogeneità con i diritti reali in genere, ma piuttosto che, a questo fine, il confronto non va fatto con quelli di godimento, bensì con quelli di garanzia.

in una categoria distintiva di diritti, anche se tuttora piuttosto confusa<sup>31</sup>.

I vari rilievi che si sono venuti facendo mostrano che nei sistemi civilistici, proprio per la loro caratteristica di non includere senz'altro nella *property* tutti i diritti patrimoniali, l'ambito della *property* ha confini piuttosto incerti e suscettibili di oscillazioni. Non potendosi identificare i *property interests* con tutti i diritti patrimoniali, ci sarebbe bisogno di un criterio preciso e rigoroso per distinguere fra questi diritti quelli da considerarsi *property interests* e quelli da non considerarsi *property interests*. Ma un simile criterio, se pure è esistito in passato o potrebbe astrattamente immaginarsi, non è oggi ammesso dalla generalità dei giuristi e dei giudici e quindi risulterebbe, in ogni caso, inapplicabile. Bisogna accontentarsi di un criterio, non solo empirico, ma sostanzialmente approssimativo, che tenga conto di vari elementi fra cui da una parte la tradizione e l'attuale prassi, dall'altra, le esigenze pratiche della presente esposizione. Si tratta in sostanza di fare, anche a questo riguardo, una stipulazione definitoria. Così, messi da una parte, come nucleo dei *property interests*, la proprietà e i diritti reali di godimento (servitù, usufrutto, enfiteusi, superficie), dall'altra in quanto sicuramente estranei nei sistemi civilistici ai, *property interests*, i crediti di denaro e di cosa determinata, si possono, fra i restanti diritti, fare rientrare nei *property interests* (o perché opponibili a tutti i terzi o perché come tali trattati nella tradizione e nella prassi) i diritti di garanzia (pegno, ipoteca e il tedesco Grundschuld), i diritti sui beni immateriali, le cose dette servitù irregolari, gli oneri reali, e lasciare invece fuori dei *property interests* i diritti personali di godimento<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> *Supra*, I, 2, II note 78-80. Pur nella diversità delle concezioni sostenute dai vari autori, sulla base anche delle differenze tra i beni incorporali che vengono in considerazione (opere letterarie o artistiche, brevetti, marchi, avviamento o azienda nel suo insieme) si nota tuttavia una sufficiente concordanza nell'opinione che i diritti di cui si tratta si rivolgano, comunque, verso tutti i terzi.

<sup>32</sup> La questione dell'esatta definizione scientifica di questi diritti nei sistemi civilistici rimane dunque impregiudicata. L'autore vorrebbe osservare che, ai fini di tale definizione nel momento attuale e nei sistemi civilistici, la tutela possessoria non è un elemento decisivo, dal momento che i sistemi civilistici la distinguono in modo piuttosto netto dalla tutela petitoria erga omnes (che sarebbe l'unico elemento decisivo) e vorrebbe aggiungere che le limitazioni (o addirittura esclusioni) legislative del potere del concedente di ottenere dal conduttore il rilascio dell'immobile locato sono senza dubbio un dato assai rilevante anche sul piano teorico (oltre che, s'intende, su quello pratico e quello socio-economico), ma non bastano di per sé (se non cioè istituzionalizzate e inquadrate in un sistema coerente che comporti in qualche modo una pretesa "petitoria" del conduttore erga omnes) a risolvere la questione nel senso della realtà. Quel che rimane impregiudicato è in sostanza la verifica della sussistenza di questi presupposti più che non il giudizio sulla loro necessità. Non ha poi importanza (per l'empirica determinazione dei confini di *property interests* compiuta nel

Una soluzione analoga può adottarsi per i sistemi socialisti, le cui differenze dai sistemi civilistici riguardano il contenuto intrinseco e le specie di *property interests*, ma non i confini esterni della *property*, poiché questi sono determinati da orientamenti teorici e da tradizioni culturali, che possono considerarsi simili a quelli dei sistemi civilistici se non comuni con essi.

Nei sistemi che si dicono di “mixed jurisdiction”, ossia fondamentalmente civilistici, ma influenzati più o meno profondamente dalla *common law* o perché i loro territori furono per un certo periodo colonie britanniche o statunitensi (come il Sud Africa, Sri Lanka, Porto Rico, le Filippine) o perché tali territori vennero a essere inclusi in una compagine statale dominata dalla *common law* (come la Scozia, la Louisiana, il Québec), l’ambito della *property* non subisce sensibili variazioni rispetto a quello poc’anzi tracciato per i sistemi civilistici. Il punto delicato è sempre quello dei diritti personali di godimento, in ispecie del diritto del conduttore e assimilati, in Scozia il conduttore, per effetto del Leases Act (1449), è da secoli protetto contro gli aventi causa del locatore; e questo dato che, a rigore, non basterebbe nei sistemi civilistici per includere il diritto fra i diritti reali<sup>33</sup>, è stato invece ritenuto nella successiva interpretazione dei giuristi e dei giudici scozzesi decisivo per includerlo fra i *real rights* e quindi fra i *property interests*<sup>34</sup>. E nel Québec il conduttore a lungo termine, che si presenta per altro piuttosto come un enfiteuta che come un semplice conduttore, viene equiparato a un proprietario interinale<sup>35</sup>. Negli altri sistemi di questo tipo non sembra che

---

testo) domandarsi se i diritti personali di godimento debbano formare un’unica categoria coi crediti di denaro e di cosa determinata oppure costituiscano il nucleo di una possibile categoria intermedia, né se occorra distinguere tra i diritti personali di godimento opponibili al solo concedente e opponibili anche ai terzi acquirenti (su quest’ultimo tema in diverso senso A. LUMINOSO, *La tutela aquiliana* cit. 220 e M. GIORGIANNI, *Diritti reali*, 752).

<sup>33</sup> La pretesa in esso contenuta non sarebbe infatti rivolta contro tutti i terzi, come quella contenuta negli autentici diritti reali, ma solo contro i successivi proprietari della cosa, allo stesso modo della pretesa corrispondente a un’obbligazione reale (o propter rem). Naturalmente si presuppone che il fenomeno dell’inerenza reale dell’obbligazione vincolante il soggetto passivo sia diverso dalla vera e propria “realità” del diritto (v. però M. GIORGIANNI, *Diritti reali*, 7513). E, in ogni modo, si deve ricordare quanto già detto circa gli oneri reali, qui compresi fra i *property interests* dei sistemi civilistici in conformità della tradizione germanica in essi confluita, ossia che essi non contengono soltanto la pretesa alla prestazione del proprietario attuale del fondo, ma vincolano inoltre direttamente il fondo stesso in modo analogo ai diritti di garanzia.

<sup>34</sup> D.M. WALKER, *Principles of Scottish Private Law* (II ed Oxford 1975), II, 1595. Egli distingue il lease dalla licence a cui attribuisce l’effetto di costituire solo un “*personal right*” (1589 s.)

<sup>35</sup> T.B. SMITH, *Mixed Jurisdictions in Intern. Enc.* VI. 2.7.259.

i diritti personali di godimento, in ispecie quello del conduttore abbiano caratteri diversi e siano trattati in modo diverso che nei sistemi civilistici. Una particolare categoria di *property interests* è quella dei minerali *rights* in Sud Africa e in Louisiana come diritti di estrarre minerali, compresi petrolio e gas, dal suolo e dal sottosuolo altrui<sup>36</sup>. Essi tuttavia non modificano l'ambito della *property* sopra delineato, poiché sono ritenuti affini a *interests* già compresi in tale ambito (come l'usufrutto e le servitù).

Nei sistemi tradizionali africani, che in qualche misura sono ancora operanti<sup>37</sup>, il problema dell'ambito della *property* si presenta a un osservatore straniero di difficile soluzione, poiché egli rischia con molta probabilità di sovrapporre alla realtà normativa locale gli schemi derivanti dalla propria cultura giuridica, i quali possono rilevarsi disadatti a capire e classificare quella realtà<sup>38</sup>. È facile, comunque, constatare che in materia di terra e altri beni immobili quel problema si presenta in termini presso a poco simili a quelli già visti, poiché il punto da discutere è sempre quello di stabilire se i diritti di godimento conferiti mediante autorizzazioni, permessi o contratti (sul tipo della locazione), sia pure non proprietario in senso civilistico, da chi, costituiscano o no *property interests*.

Il Bentsi-Enchill menziona concessioni gratuite o semi-gratuite a lunghissimo termine, su una delle quali ebbe a pronunciarsi il Privy Council<sup>39</sup> e insieme concessioni onerose a breve termine, ma, sebbene le seconde, a differenza delle prime (che hanno punto di contatto con la civilistica enfiteusi), sembrano avere solo effetti obbligatori, egli non

<sup>36</sup> Il presupposto è che il proprietario del suolo è proprietario del sottosuolo, inclusi i minerali, e che non è possibile costituire su questi ultimi una proprietà separata. Il diritto, dunque, che, secondo la normativa vigente in quei Paesi, si può acquistare relativamente ai minerali non è proprietà, ma non è nemmeno un diritto di pura natura obbligatoria ed è ritenuto un diritto reale sui generis. H.R. HAHLO – E. KAHN, *The Union of South Africa* (London 1960), 762 s. con riguardo al Sud Africa, lo qualificavano come “personal quasi-servitude”; A.N. YIANOPOULUS, *Civil Law of Property* (St. Paul, Minn. 1965), sulla base di *Frost Johnson Lumber Co v. Salling's Heir*, 150 La. 756, 91, Ia 207 (1922), con riguardo alla Louisiana, parla di “mineral servitude” e la dice regolata, oltre che da leggi speciali e dalla giurisprudenza specifica sul tema, dalle norme applicabili alle servitù prediali e all'usufrutto.

<sup>37</sup> Cfr. K. BENTSI-ENCHILL, *Inter. Enc.* VI 2.4. 127-29; P.F. GONIDEL, *Les droits africains I* (II ed. Paris 1976) 271 ss.

<sup>38</sup> Lo stesso BENTSI-ENCHILL, preziosa guida in questo sguardo ai sistemi tradizionali africani, appare nettamente influenzato, nonostante conosca dall'interno tali sistemi, dall'educazione giuridica ricevuta dai giuristi di *common law*.

<sup>39</sup> *Kuma v. Kuma*, (1936) 5 W.A.C.A.4. Il Privy Council decise che la concessione di godere la terra senza pagamento di canone, ma col riconoscimento del titolo del concedente, lascia intatta la proprietà del concedente, anche se il godimento si protrae per più generazioni.

qualifica in modo distinto i diritti derivanti dalle une e dalle altre, ma sembra presupporre che da entrambe derivino *property interests*<sup>40</sup>. Guidato forse dall'impostazione dei sistemi di *common law*, egli non avverte la necessità di distinguere. Palese e, comunque, l'influenza di questa impostazione nella materia mobiliare, riguardo alla quale egli infatti non esita a includere nella *property* i crediti di denaro e di cosa determinata (debts). Resta da domandarsi se, adottando criteri conformi alle caratteristiche di questi sistemi, l'ambito della *property* non risulterebbe più ristretto. Ma essendovi incertezza, sembra consigliabile accettare l'ambito più ampio.

Difficoltà analoghe possono presentarsi riguardo ai sistemi islamici. Ma, per quanto qui interessa, deve notarsi che simili difficoltà non impediscono di constatare che l'ambito della *property* in tali sistemi non è più largo che nei sistemi civilistici, anzi, in definitiva, è più ristretto, poiché i diritti su cosa altrui, appaiono meno numerosi e di minore importanza<sup>41</sup>. Bisogna, d'altro canto, aggiungere che solo in alcuni Stati della penisola arabica, il diritto islamico tradizionale, fondato sul Corano e sull'interpretazione dei dottori, viene tuttora applicato in materia di *property*.

Nella maggior parte degli altri Stati di tradizione e religione islamica, come si è accennato la materia è regolata da codice e da leggi, che seguono abbastanza da vicino i modelli civilistici, o ha subito l'influenza dei principi socialisti<sup>42</sup>. Anche per questa ragione il diritto attualmente vigente nei sistemi di tradizione islamica pone alla *property* confini meno estesi di quelli stabiliti nei sistemi di *common law*.

L'influenza europea potrebbe esseri esercitata in senso opposto in India, poiché essa vi importò concetti, istituti, orientamenti culturali e

<sup>40</sup> Solo la rubrica della sect. 172 ("Contractual or permissive *interests*"), confrontata con la rubrica della sect. 168 ("Original or proprietary *interests*"), potrebbe far supporre il contrario. Ma quanto egli espone nelle §§ 187 ("The permissive use of *property*") e 188 ("Landlord and tenant") non conferma una simile supposizione. .

<sup>41</sup> L. MILLIOT, *Introduction à l'étude du droit musulman* (Paris 1954), 491 ss. J. SCHACHT, *Introduction to Islamic Law*, 141 ss. L'aspetto interessante dei sistemi islamici non sta nell'estensione dell'ambito della *property*, ma nei loro due distinti regimi immobiliari e nell'elenco dei beni non suscettibili di *property interests*, nonché nell'istituto del waqf. Un altro aspetto degno di rilievo è quello segnalato da J.N.D. ANDERSON, *Islamic Law, Int. Enc.* 2.5. 195-196, ossia l'opposizione della scuola Hanafita a considerare beni i frutti o in genere ciò che si gode solo temporaneamente.

<sup>42</sup> Basta ricordare i codici egiziano (1948), siriano (1949) libico (1954), e il Code des droit réels tunisino (1965), che combinano modelli civilistici con aspetti della tradizione islamica, e il codice irakeno (1951), in cui l'ispirazione islamica è prevalente. E non si deve dimenticare che o negli stessi codici o prevalentemente in leggi speciali dosi importanti di socialismo sono state immesse nella *law of property*, in particolare in Algeria, Siria, Iraq.



metodologici propri dell'inglese *common law* fino al punto di promuovere la formazione di un diritto anglo-indiano, parzialmente sopravvissuto alla nascita dell'attuale stato indipendente<sup>43</sup>. Ma in materia di *property* questa influenza sembra essere stata limitata, talché non ha impedito il conservarsi della figura dell'autentica proprietà, che conosciuta dal diritto Hindu sotto il nome di *svamitva*, appare tuttora ammessa anche in materia immobiliare<sup>44</sup>, e, per converso, non ha condotto al riconoscimento di una proprietà equitativa<sup>45</sup>. Per quanto qui particolarmente interessa, si nota che la locazione (*lease*) di immobili non attribuisce al conduttore (*lessee*) un "*interest in land*" e quindi ha effetti che, civilisticamente, possono dirsi obbligatori<sup>46</sup>. Lo stesso deve pensarsi dei puri e semplici crediti (*debts*), sebbene chi espone il diritto hindu o quello anglo-indiano, servendosi dei concetti di *common law*, non esiti a includerli fra i "*rights of property*"<sup>47</sup>.

### 3. *Specie dei property interests e programma di esposizione*

Una classificazione dei *property interests* non è necessaria. E forse non sarebbe nemmeno possibile delinearne una, che si adatti ugualmente bene a tutti i gruppi di sistemi giuridici. L'indicazione di *property interests*, che si compie, ha soltanto lo scopo pratico di facilitare l'esposizione e di fornire un orientamento. Essa non pretende quindi a nessuna validità teorica o scientifica e non vuole essere né rigorosa né rigida, ma piuttosto empirica e flessibile.

<sup>43</sup> P.K. IRANI, *India*, in *Intern. Enc.* I.I. 11-12. Il caso del Pakistan è più complesso, poiché alla fisionomia del diritto ivi vigente occorre un'importante componente islamica rivitalizzata in seguito alla raggiunta indipendenza.

<sup>44</sup> J.D.M. DERRETT, *Hindu Law*, *Intern. Enc.* VI 2.6.; ID. *Introduction* 201; P.K. IRANI, *India*.

<sup>45</sup> P.K. IRANI, loc. cit.

<sup>46</sup> J.D.M. DERRETT, *Hindu Law*, *Intern. Enc.* VI, 2, 218. Questo carattere obbligatorio non è smentito da quanto l'autore afferma alcuna *sections* più indietro (2.206) circa la natura di *svami* (proprietario) rivestita dal *lessee*, in quanto proprietario del *lease*; ivi infatti si considerano *lessee*, in quanto proprietario del *lease*; ivi infatti si considerano *leases* di lunghissima durata, capaci di protrarsi per secoli e paragonabili a concessioni enfiteutiche, mentre quelli della *sect.* 218 hanno altra natura e appaiono simili alla locazione civilistica.

<sup>47</sup> Così infatti J.D.M. DERRETT, *Intern. Enc.* VI 2.214-215. Egli non discute nemmeno se i crediti da lui presi in esame siano o no da qualificarsi *property interests* o, come egli dice, *rights of property*, poiché adottando palesemente le concezioni di *common law*, dà per scontata la soluzione affermativa.

Considerando la funzione dei *property interests*, si possono distinguere quelli di godimento e quelli di garanzia. I primi servono a rendere possibili al titolare in una misura più o meno ampia l'uso, lo sfruttamento, la disposizione del bene. I secondi gli permettono di servirsi del bene per ottenere il soddisfacimento di un suo credito in caso di inadempimento (o addirittura di insolvenza) del debitore. Vi sono anche figure miste (per lo più antiquate), che per un aspetto permettono di godere il bene o di ricevere una prestazione dal suo proprietario, per un altro aspetto svolgono funzione di garanzia.

Considerando invece il contenuto dei *property interests*, si possono distinguere quelli a contenuto generale e quelli a contenuto speciale. La distinzione vale essenzialmente per i *property interests* di godimento. Fra questi possono dirsi a contenuto generale quelli che permettono al titolare un godimento non solo esteso a tutto il bene, ma avente un contenuto indeterminato, anche se eventualmente ristretto da dati limiti.

Sono invece a contenuto speciale quelli che permettono al titolare solo uno specifico godimento del bene (p. es. il passaggio attraverso un fondo, la percezione di certi frutti o certi prodotti, la riscossione di una data somma di denaro).

I *property interests* di garanzia poco si prestano ad essere caratterizzati da questo punto di vista. Per un lato essi investono il bene nel suo complesso e quindi sembrano avere un contenuto generale; per un altro lato conferiscono al titolare poteri determinati, per un fine anch'esso determinato, e quindi sembra avere un contenuto speciale.

Ad ogni modo, una distinzione tra *property interest* di garanzia a contenuto generale e *property interest* di garanzia a contenuto speciale, anche se fosse in astratto possibile non presenterebbe utilità in questa sede.

Il programma dell'esposizione è facile da indicare. Si esamineranno prima i *property interests* di godimento a contenuto generale, poi quelli a contenuto speciale, infine i *property interests* di garanzia. Si dovrà per altro tenere conto delle differenze di regime giuridico dovute alla natura dei beni, in massima distinguendo quelli mobili dagli immobili, quelli corporali dagli incorporali, ma considerando nei dettagli anche altri elementi distintivi. Sarà inoltre opportuno premettere all'esposizione dei *property interests* l'esame del possesso, in quanto rapporto di fatto che si instaura tra un bene e un soggetto, quando questi esercita il controllo su tale bene<sup>48</sup>.

<sup>48</sup> Trattandosi, come si è detto, di una questione di opportunità, sono facilmente concepibili soluzioni diverse da quella qui prescelta. Occorre soltanto chiarire che, col collocare a questo punto il suo esame, non si vuole sostenere che il possesso sia figura generale rispetto a qualsiasi specie di *property interest* piuttosto che rispetto ai soli *property interests* di

Il possesso non è di per sé un *property interests*, ma nella maggior parte dei sistemi giuridici la sua disciplina è stato strettamente intrecciata con quella dei *property interests* che non è possibile capire né descrivere questi ultimi senza conoscere quello o senza servirsi della relativa nozione. D'altronde l'effetto essenziale del possesso è proprio quello di conferire al possessore un diritto a non essere materialmente spossessato o molestato da altri; e questo diritto può ben considerarsi per sé stesso un *property interests*.

#### 4. *Il possesso*

Il concetto di possesso è senza dubbio assai difficile da delineare<sup>49</sup>. È vero che alla sua radice si trova un'idea istintiva dell'uomo comune, ma questa nel modo del diritto, per opera di giuristi, giudici, legislatori, si è sviluppata e articolata nelle forme più sofisticate. Il possesso, d'altro canto, è bensì uno stato o un rapporto di fatto, ma, in quanto esiste, diviene anche un diritto e, comunque, è fonte e oggetto di diritti<sup>50</sup>. In compenso, esso presenta l'apprezzabile qualità di essere comune a quasi tutti i sistemi giuridici, giacché può riscontrarsi, in uno stadio di maggiore o minore elaborazione, tanto nei sistemi civilistici che in quelli di *common law*, tanto in quelli socialisti che in quelli islamici, tradizionali africani, ecc. E una sua caratteristica essenziale comune è che esso conferisce a chi lo esercita, sia o non sia di per sé titolare di un autonomo *property interest* sul bene posseduto, una tutela contro il materiale spossessamento o le materiali molestie di terzi e quindi un particolare diritto a conservare pacificamente il possesso, finché altri non provi in giudizio di avere un *property interest* con esso incompatibile.

Questo effetto essenziale e comune è all'origine delle teorie che, come quella di Savigny, ravvisano il fine e il fondamento dell'istituto del possesso

---

godimento. Quale che sia l'esatta collocazione del possesso nel sistema dei *property interests* o, più ampiamente nel sistema dei diritti, è problema che, al pari di altri problemi teorici, qui non si vuole risolvere, poiché ci si accontenta di una soluzione utile ai fini espositivi.

<sup>49</sup> F.H. LAWSON, 33: "one of the most difficult concepts of English or, for that matter, any other law"

<sup>50</sup> Chi possiede un bene ha infatti diritto di non essere materialmente spossessato o molestato da altri, fosse pure il titolare del più ampio e più forte *property interest* su quel bene. D'altra parte, il possesso continuato per il tempo prescritto e munito dei prescritti requisiti può condurre all'acquisto del *property interest* corrispondente. Molti *property interests*, a loro volta, conferiscono a chi ne sia titolare il diritto di ottenere il possesso del relativo bene. Tutto ciò si vedrà nel corso di questo e di altri successivi paragrafi.

nell'esigenza di impedire ai privati di usare la forza l'uno contro l'altro<sup>51</sup>. Vi sono nondimeno altre spiegazioni; e fra esse ha avuto particolare risalto quella dello Jhering, secondo cui il possesso costituisce l'avamposto della proprietà e viene tutelato come necessario completamento della tutela della proprietà<sup>52</sup>. Bisogna, d'altronde, tenere presente che il possesso non ha solo quell'effetto, ma ne ha anche altri, e inoltre che i suoi rapporti coi *property interests*, sono come si è detto stretti e molteplici. Così si può affermare che oggi il possesso è giustificato da un insieme di esigenze concorrenti, nelle quali è bensì compresa e in una posizione di primo piano, quella di impedire il ricorso alla forza e alla violenza per la risoluzione dei conflitti privati, ma anche, fra le altre, quella di facilitare la tutela dei *property interests* effettivamente esercitati, quella di rendere possibile certe forme di garanzia dei crediti quella di fornire una presunzione di titolo legittimo, quella di favorire la certezza delle situazioni giuridiche soggettive<sup>53</sup>.

Vediamo ora più da vicino in che cosa il possesso consiste. Possesso è parola di origine latina, che etimologicamente indicava una situazione di signoria su un immobile, in particolare su un fondo<sup>54</sup>. Il suo significato si è presto esteso ai beni mobili corporali, mentre è rimasto a lungo estraneo agli incorporali.

Nei sistemi giuridici moderni il termine indica il controllo esercitato di fatto da un soggetto su un bene con un comportamento corrispondente a quello di un proprietario o anche a quello del titolare di un diverso *property interest* di godimento a contenuto generale, se giudicato idoneo a questo fine nel singolo sistema giuridico. Ma in proposito bisogna tenere conto di vari aspetti e di una molto articolata evoluzione storica.

L'evoluzione ha riguardato in primo luogo il rapporto di fatto ritenuto necessario perché il soggetto risulti avere il controllo del bene. Si è infatti riconosciuto già nel diritto romano che, a questo fine, il soggetto non deve di necessità stare materialmente sull'immobile o avere materialmente il mobile nelle proprie mani, in quanto vi sono casi in cui il controllo

<sup>51</sup> C.F. VON SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes* (I. ed. 1803, 7 ed. Wien 1867 con Appendice di A.F. Rudorff), 30 ss; v. anche A.F. RUDORFF, "Über dem Rechtsgrund der possessorischen Interdicte, 7 *Zeitsch. F. geschitl. Rechtswissenschaft*, 90 ss. (1831)

<sup>52</sup> R. JHERING, "Über der Grund des Besitzeschutzes" (Jena 1869), 45 ss., 179 ss. (ivi anche, 6-45, una rassegna delle teorie fino allora proposte sul fondamento giuridico del possesso).

<sup>53</sup> Cfr. F.H. LAWSON, 33 ss.; H. EICHLER I, 58 II, I, I-5; MARTY-RAYNAUD, II, 2, n° 14 (p. 22ss) F. BAUR, § 3 II, 1a, § 4, II, I-3; § 6 I-III

<sup>54</sup> Cfr. A. WALDE - J.B. HOFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch* (3 ed. Heidelberg 1954), II, 347: "possideo" ... aus *pots*...+ *sideo*..eigentl. besitze...als Herr"; A. ERNOUT-A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine* (4 ed. Paris 1959), 526

è esercitato a distanza oppure a intervalli<sup>55</sup> e altri casi in cui il controllo è esercitato attraverso altre persone in vario modo vincolate presso il possessore<sup>56</sup>. In un analogo ordine di idee di smaterializzazione del controllo si è finito con l'ammettere il possesso dei diritti, in quanto beni incorporali.

Un altro oggetto dell'evoluzione storica, in rapporto con la analisi dei requisiti del possesso, è stato l'elemento soggettivo. Nel diritto romano e nella tradizione romanistica, come in molti sistemi giuridici moderni, si è giunti a richiedere, per riconoscere taluno come possessore, che egli non solo abbia il controllo fisico del bene nei modi suddetti, ma anche la volontà di tenerlo come proprio<sup>57</sup>. Questa volontà, d'altra parte, si può riconoscere connessa alla causa da cui dipende l'attuale controllo fisico del bene, giacché chi ha, e riconosce di avere, questo controllo in virtù di un rapporto giuridico con altri, a cui il bene è destinato a tornare a breve o lunga scadenza, manifesta di non avere tale volontà. Di qui la distinzione (di maggiore o minore rilevanza a seconda dei tempi e dei sistemi giuridici) tra possesso e detenzione, secondo la quale chi ha il controllo fisico del bene per conto di un altro o, comunque, riconosce di doverlo restituire a

<sup>55</sup> Basta pensare, per un verso, alle case o gli appartamenti chiusi, di cui il possessore abbia la chiave e agli oggetti custoditi in una cassaforte, di cui grazie ancora alle chiavi o a un mezzo diverso il possessore abbia la disponibilità, per un altro verso, al noto esempio romano dei pascoli estivi o invernali, che si consideravano posseduti anche durante la stagione in cui non era normale o era addirittura impossibile utilizzarli (Pap. D. 41, 2, 44, 2)

<sup>56</sup> Può trattarsi di persone che prestano i propri servizi al possessore (portieri, custodi, domestici) oppure di persone che, di regola in virtù di un contratto col possessore, hanno il diritto di servirsi del bene e l'obbligo di conservarlo e restituirlo in un dato momento al possessore stesso. Queste persone, in particolare le seconde, sono i possessori a nome altrui o i detentori di cui si parla più avanti nel testo.

<sup>57</sup> Questo appunto significa comportarsi come proprietario. Beninteso, l'intenzione di cui si parla nel testo non coincide affatto con la buona fede intesa come opinione di non ledere il diritto altrui o di avere addirittura la proprietà del bene. Anche chi sa di non essere proprietario o di non avere sul bene nessun *property interest*, al limite anche il ladro o il rapinatore, può avere quell'intenzione ed essere quindi possessore. Quanto alla rilevanza dell'elemento soggettivo, essa, già segnalata dalle fonti romane che parlavano di *animus possidendi* (Afr. D. 12, 1, 41) *animo possidere* (Paul. D. 4122, 3, I, ss.), *animus retinendi o amittendi possessionem* (Paul. D; 13, 7, 37), psychè despòzontos katechein (Theoph. Par. 3, 29, 2) è stata particolarmente messa in risalto da C.F. SAVIGNY, *Des Recht des Besitzes*, cit, considerato così, nel campo dei sistemi civilistici, fondatore della teoria soggettiva del possesso. Contro tale rilevanza dell'elemento soggettivo o spirituale R. v. JHERING, *Der Besitzwille* (Jena 1889), in specie 301 ss., considerato in conseguenza, sempre in tale campo, fondatore della teoria oggettiva. Per i sistemi di *common law* cfr. p. es. il *Tubantia Case* (1924), P. 38, in cui si parla dell'*animus possidendi* come di un elemento essenziale del possesso: F. POLLOCK – R.S. WRIGHT, *An Essay on Possession in the Common law* (Oxford 1888), II ss.

un altro, è detentore, mentre l'altro è possessore<sup>58</sup>.

Ciò tuttavia non significa che possa essere possessore solo chi ha il bene come proprietario, ossia chi non riconosce altri come proprietari del bene. Già nel diritto romano si era considerato possessore anche colui che aveva il bene come titolare di un diverso *property interest* a contenuto generale, purché, come si è detto, nel singolo momento storico il suo controllo del bene fosse, attraverso una valutazione di tipo economico-sociale, giudicato idoneo a tale fine. Così, mentre l'usufruttuario, titolare per un certo tempo o per tutta la sua vita del diritto di usare e godere un bene altrui, non fu dapprima considerato possessore (e a maggior ragione tale non fu considerato il conduttore o l'affittuario), il concessionario di *ager publicis* e in generale chi otteneva il godimento di terre dallo Stato o dall'imperatore per lungo tempo era considerato possessore, sebbene riconoscesse appunto come proprietario lo Stato o l'imperatore<sup>59</sup>; così pure in epoca più recente venne a essere reputato possessore l'enfiteuta, anche quando concedente,

<sup>58</sup> Chiarissima la distinzione tra "*possidere meo nomine*" e "*possidere alieno nomine*" in Cels. D. 41, 2, 18 pr. Che parimenti sottolinea come il possessore *alieno nomine* presti il "*ministerium*" al possesso altrui. Usando i concetti di "*animus*" e "*corpus possessionis*", Paul D. 41, 2, 3, 12 spiega invece che, quando abbiamo un colono in un fondo, possediamo "*animo nostro corpore etiam alieno*". Cfr. CC italiano art. 1140. I ("Si può possedere direttamente o per mezzo di altra persona che ha la detenzione della cosa"); CC tedesco § 868, che distingue il possesso immediato e il possesso mediatico (del locatore, comodante, concedente di un pegno, ecc.); nonché, analogamente il prog. del Nuovo CC olandese, 3.5.1. In altro modo spiegano il carattere strumentale del controllo fisico della terra, ma anche se riceve canoni e rendite o se ha il diritto di riceverli, come nel caso abbia concesso la terra a un lessee o l'abbia data in garanzia a un mortgage. La peculiarità della *common law* è che in casi come questi il possesso spetta a entrambi i soggetti, mentre nella tradizione romanistica e in certi sistemi civilistici chi ha il controllo fisico del bene stesso non è di regola ritenuto possessore (v. più avanti in questa sect.). bisogna poi tener presente che fin da antico chi ottiene il controllo fisico di un bene a scopo di garanzia, pur non volendo tenere il bene come proprio (in quanto riconosce di doverlo restituire al concedente in un momento dato) e risultando qui teoricamente un possessore a nome altrui o detentore, è stato sempre considerato possessore nei limiti in cui il possesso suo poteva servire allo scopo di garanzia (v. anche *infra* nel testo).

<sup>59</sup> Non v'è dubbio che questa soluzione non è soltanto frutto di un'analisi tecnica degli elementi del possesso, ma anche (e forse prevalentemente) di una valutazione politico-sociale. Invero i concessionari di terre pubbliche o imperiali avevano di solito patrimoni e status sociale molto superiore sia a quelli degli affittuari o dei conduttori, sia anche a quelli della maggior parte degli usufruttuari (costituiti per lo più da vedove, figlie o figli diseredati, persone anziane che avevano venduto o donato il capitale riservandosi i soli frutti). Considerazioni analoghe in R. VON JHERING, *Der Besitzwille* cit. 364 ss., secondo cui la mancanza di tutela giuridica del detentore (questa è in verità la sua principale differenza dal possessore) è stabilita nell'interesse del possessore (se questi – deve precisarsi – ha nelle società la forza sufficiente per farlo prevalere).

invece che lo Stato o l'imperatore, era un soggetto privato, e sebbene l'enfiteuta, come del resto altri concessionari, si presentasse come un conduttore a lungo o lunghissimo termine. Un discorso analogo può farsi per le concessioni feudali di terre; al riguardo anzi occorre tenere presente che il vassallo dapprima riceveva dal signore la così detta *saisine* della terra concessa che importava con questa un rapporto più intenso di quello in cui consisteva il possesso; ad ogni modo, successivamente la *saisine* fu precisamente equiparata al semplice possesso. E ciò spiega come i vari *tenants* inglesi, pur godendo terre riconosciute in ultima analisi al Re, siano stati poi costantemente considerati possessori<sup>60</sup>. Nei sistemi giuridici moderni, per effetto di un'evoluzione a cui si accennerà tra breve, la sfera dei soggetti trattati come possessori, benché riconoscano altri come proprietari del bene o come destinatario della sua restituzione, si è ulteriormente allargata. Per il momento dobbiamo ripetere l'osservazione già fatta che la mancanza di intenzione di tenere la cosa per sé non impedisce, come non impedì in passato<sup>61</sup>, che si tratti come possessore chi ha il controllo fisico del bene solo per scopo di garanzia (a titolo di pegno, ritenzione, anticresi).

Occorre considerare ora l'evoluzione che ha condotto ad ammettere, se non il possesso dei beni incorporali in genere, quello di una loro categoria, ossia dei diritti. Essa ha determinato un ampliamento del possesso, giacché anche chi detiene un bene come usufruttuario o titolare di un altro *property interest* a contenuto generale, esercitando un controllo non giudicato di per sé idoneo a rappresentare un possesso del bene, ha finito con l'essere considerato possessore, anziché del bene, del diritto<sup>62</sup>. E anzi è

<sup>60</sup> Su questo punto v. *infra* par. 6.

<sup>61</sup> V. *supra*. Si allude ivi al trattamento che il diritto romano faceva al creditore pignoratizio. Ma un uguale trattamento il diritto romano faceva ad altri soggetti, che controllavano fisicamente il bene, anziché per un fine di garanzia, per un diverso fine che non conferiva a quel controllo nessuna stabilità. Tali erano il sequestratario (ossia chi teneva il bene in attesa di restituirlo a colui che, in seguito alla decisione di una controversia, fosse risultato il proprietario) e il precarista (ossia che teneva un bene finché dal concedente non gliene veniva chiesta la restituzione). Su questi tre casi, che sogliono tradizionalmente inquadrarsi nella figura del possessore anomalo, gli studiosi di diritto romano hanno molto discusso. Essi si spiegano, per il precarista e in parte per il sequestratario, con ragioni storiche (cfr. M. KASER, *Römisches Privatrecht*, 388 s.), per il creditore pignoratizio, con ragioni pratiche e sociali, non potendo la garanzia fornita dal pegno sussistere senza tutela possessoria e avendo la categoria dei creditori una sufficiente forza nella società (cfr. R. VON JHERING, *Der Besitzwille* cit. 207, 369 ss.). È da notare che nel caso del precarista anche il concedente era possessore a tutti gli effetti e che in quello del creditore pignoratizio il concedente conservava (come conserva) il possesso ai fini dell'usucapione.

<sup>62</sup> Nel caso dell'usufruttuario si è cominciato a parlare di quasi possesso del bene (Gai, 4,138-139) e a concedergli mezzi di difesa analoghi a quelli concessi ai normali

stato ritenuto possessore di un diritto pure chi esercita sul bene un *property interest* a contenuto speciale come una servitù prediale<sup>63</sup>.

Un altro ampliamento del possesso, che in pratica ha ridotto l'importanza di quelli prima menzionati, si è avuto in conseguenza dell'evoluzione per la quale, riconosciuto ai detentori un più alto livello sociale, si è parzialmente eliminata la differenza giuridica tra possesso e detenzione. Tale eliminazione non è però avvenuta nello stesso tempo e in misura uguale

possessori (Ulp. D. 43, 16, 3, 23-16), e ciò già denotava una valutazione della situazione dell'usufruttuario migliore di quella originariamente fatta. Nell'epoca giustiniana, ma soprattutto nella tradizione romanistica medievale e moderna, subentrò il concetto di *possessio iuris*, che importava un parziale superamento del principio secondo cui non era ammesso il possesso dei beni incorporali, i diritti essendo considerati tipici beni incorporali. Il possesso dei diritti è ora apertamente ammesso da molti sistemi civilistici (cfr. MARTY-RAYNAUD, II, 2 n° è 13 (P. 21) 26 (p. 31); CC. italiano art. 1140.1; progetto Nuovo CC olandese art. 3.5.1 interpretato, come spiega A.S. HARTKAMP, *Compendium* n° 110 (p. 76), alla luce dell'art. I.I.I. Invece, in Germania si ammette in linea di massima solo il possesso di "cose" (CC tedesco art. 854.1), pur riconoscendosi certi effetti al possesso della servitù (cfr. H. EICHLER, II, I, 37 s.; F. BAUR, s. 7.II.Ib); così è contrario all'ammissione del possesso dei diritti, fra gli altri, anche il CC argentino art. 24.2. Occorre osservare, comunque, che l'ammissione del possesso dei diritti, dove sussiste, lascia impregiudicato il problema di sapere se possano essere oggetto di possesso altri beni incorporali, come p. es. le creazioni intellettuali, l'avviamento commerciale, ecc.; l'orientamento in proposito, anche fuori dei sistemi civilistici di tipo tedesco, sembra in prevalenza negativo (cfr. R. SACCO, *Il possesso. La denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da G. GROSSO e F. SANTORO-PASSARELLI, III, 7 (Milano 1960), 21, s. Nei sistemi di *common law* non suole parlarsi di possesso di beni incorporali nemmeno con riferimento ai diritti, come (nell'ambito della *personal property*) risulta fra l'altro dall'antitesi "chosen in possession – chosen in action" (cfr. J. CROSSLEY VAINES, 47 ss.). È da notare che E. FINZI, *Il possesso dei diritti* (1915, rist., Milano 1968), 100 ss., parla di "possesso di diritti" in senso diverso da quello suddetto.

<sup>63</sup> Questo è il caso tipico di possesso dei diritti, in quanto è da escludere che chi compie su un bene immobile atti corrispondenti al contenuto di una servitù prediale o, dove sono ammesse, di limitate servitù personali abbia il controllo fisico del bene e ne possa essere considerato possessore. Il CC italiano, pone, d'altro canto, un esplicito limite alla possibilità di un possesso di diritti, richiedendo che si tratti di diritti reali. Si parla nondimeno di possesso di crediti: cfr. CC francese art. 1240; MARTY-RAYNAUD, II, I, n. 801 (p. 826); analogamente, ma con diversa impostazione, E. FINZI, *Possesso dei diritti*, 100 ss. 241 ss. Anche il progetto del nuovo CC olandese, riferendo in generale il possesso ai beni e comprendendo fra i beni tutti i diritti patrimoniali (art. 3.5. L.; 2 3.1.120), permette di supporre che sia ammesso anche il possesso dei crediti. Non per questo deve intendersi risolto il problema, non tanto dall'ammissibilità del possesso di simili beni, quanto dall'effettiva aderenza di questo possesso alla specifica nozione di possesso definita o presupposta dai vari sistemi giuridici e quindi dall'applicabilità al primo delle norme che regolano il secondo e ne stabiliscono gli effetti. In realtà il problema rimane aperto e riterrei anzi difficile darvi una soluzione affermativa.



nei diversi sistemi.

Nei sistemi di *common law* la differenza tra possesso e detenzione non è stata mai molto sentita, e quindi non solo l'affittuario (*lessee*), ma anche il depositario, il comodatario e simili detentori di beni mobili (uniti alla figura del *bailee*) sono a lungo tempo riconosciuti possessori e trattati come tali<sup>64</sup>.

Solo chi ha la materiale detenzione del bene a titolo di servizio o di ospitalità non è ritenuto possessore. Una soluzione analoga è maturata in Germania nel corso del sec. XIX<sup>65</sup> ed è stata accolta nel CC vigente. Questo stabilisce che il *Besitzdiener* (ossia chi tiene il bene al servizio di altrui e secondo le sue istruzioni) non è possessore (§ 855) e che invece è possessore *Besitzmittler* (ossia chi, tenendo il bene come usufruttuario, affittuario, comodatario, ecc., funge da intermediario tra il bene e colui al quale il bene dovrà in definitiva essere restituito); ma nello stesso tempo è possessore anche quest'ultimo, ossia il *mittelbarer Besitzer* (§868)<sup>66</sup>. Anche nei sistemi socialisti ci si è orientati in questo senso<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> F.H. LAWSON, *Introduction*, 34; CROSSLEY VAINES, 49 s. Sul diritto al possesso del *lessee* MEGARRY-WADE, 607 ss. e anche *infra* in questo par. Poiché, come si dice nel testo, che tiene la cosa per ragioni di servizio o di ospitalità non è in genere ritenuto possessore (F.H. LAWSON, *Introduction*, 34; CROSSLEY VAINES, 49), l'orientamento dei *common lawyers* non è causato da assenza di analisi degli elementi del possesso ma da una valutazione degli interessi del *lessee*, del comodatario, del depositario, in genere del *bailee*, sostanzialmente più favorevole di quella compiuta nei sistemi civilistici rispetto ai corrispondenti detentori.

<sup>65</sup> È stata verosimilmente determinante l'influenza dello Jhering, che, dopo aver negato la rilevanza della volontà come elemento distintivo tra possessore e detenzione e avere sostenuto prevalente a questo fine la valutazione degli interessi in gioco, ha poi espressamente combattuto il tenore del § 797 del progetto ("*Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich*"), secondo cui il possesso era caratterizzato dalla "volontà del detentore di avere la cosa come propria": R. VON JHERING, *Der Besitzwille*, 301 ss., 364 ss., 470 ss.

<sup>66</sup> H. EICHLER, II, I, 14 ss., che inserisce questa situazione nel concetto di "Mehrheitsbesitz" (o pluralità di possessi sullo stesso bene), accanto a quelle del "Teil-und-Mitbesitz" del "Dienerschaftsbesitz", quest'ultima per altro sottoposta a un diverso regime giuridico, poiché chi ha la cosa per ragioni di servizio o di ospitalità e quindi segue le istruzioni di colui per il quale detiene, non è considerato possessore, ma appunto detentore (CC tedesco § 855). V. anche ENNECERUS-WOLF-RAISER, III, § 8 (p. 31 ss.); F. BAUR, § 7.8. II-III; CC svizzero art. 920 (il quale, qualificando possessore indipendente (da chi cioè possiede come proprietario) la cosa per un diritto reale o personale a lui trasferito, esclude implicitamente che sia così qualificabile chi tiene la cosa solo per servizio o ospitalità. Il progetto del Nuovo CC olandese segue la terminologia tedesca del distinguere possesso immediato e possesso mediato, ma diverge dal modello tedesco nella disciplina sostanziale, giacché in caso di possesso mediato, non qualifica possessore anche chi detiene la cosa in nome di altri, ma solo quest'ultimo, seguendo evidentemente la tradizione romanistica confluita nei sistemi francese e italiano

<sup>67</sup> V. p. es. Principi dell'URSS art. 29; CC della RSFSR art. 157; CC polacco art. 336; CC ungherese art. 187; CC cubano art. 446 in relazione all'art. 430. Queste disposizioni

Diversa è la situazione nei sistemi civilistici di tipo francese, dato che i codici in essi vigenti, più direttamente influenzati dalla tradizione romanistica, distinguono precisamente tra possesso e detenzione. Tuttavia la giurisprudenza francese, fin dalla metà dell'Ottocento, ha ammesso anche i detentori alla tutela mediante la "réitégrande"<sup>68</sup>; e il CC italiano del 1942 espressamente ha previsto l'esperibilità di una delle due azioni possessorie (quella di reintegrazione) da parte dei semplici detentori<sup>69</sup>.

A questo riguardo occorre tener presente che la rilevanza dell'ampliamento del possesso, dovuta all'equiparazione dei detentori ai possessori o alla quasi totale soppressione della differenza tra possesso e detenzione, si manifesta proprio nel campo della tutela contro gli attacchi o le molestie di terzi. Del tema ci si dovrà dunque tornare ad occupare quando si parlerà di questa tutela.

L'effetto della tutela è per altro, come si è detto, solo il principale e più diffuso tra gli effetti del possesso. Ve ne sono altri, che dipendono dagli stretti e molteplici rapporti fra possesso e *property interest* di godimento. La spettanza di un simile *property interest* al possessore costituisce causa o titolo del possesso, mentre parallelamente il fatto di possedere può costituire presunzioni di titolo, ossia della spettanza al possessore del *property interest* corrispondente<sup>70</sup>. Per converso i *property interest* di godimento a contenuto

---

usano soltanto, il termine "possesso", ma, col riferirsi all'ipotesi che la cosa sia tenuta in virtù di un contratto (Principi dell'URSS, CC della RSFSR) oppure esplicitamente da un usufruttuario, conduttore o affittuario (CC polacco) o comunque da chi riconosce di doverla restituire ad altri (CC ungherese, CC cubano), mostrano chiaramente di includere nel termine "possesso" anche la così detta "detenzione", salvo quella per causa di servizio o di ospitalità. Circa le ragioni di fondo di questo orientamento dei sistemi socialisti si può ripetere e ampliare quello che si è detto riguardo ai sistemi di *common law*, ossia che la mancanza di distinzione, agli effetti della tutela giuridica, tra possessore e detentore non è dovuta a insufficiente analisi degli elementi del possesso, bensì alla decisione politico-sociale di fornire tale tutela anche a chi, secondo i concetti della tradizione romanistica, dovrebbe essere considerato semplice detentore.

<sup>68</sup> Req. 25-3-1857, D 1858.I.315; altre citazioni in MARTY-RAYNAUD n° 216 (p. 225 nt. 1 e 3)

<sup>69</sup> CC italiano art. 1168.2 (si fa eccezione per i detentori per causa di servizio e di ospitalità). Il fenomeno non è rimasto, del resto, circoscritto all'Italia: p. es. sono stati recentemente (1968) riformati in modo analogo gli art. 2469, 2490 e 2961, CC argentino, ma già in precedenza la dottrina e una parte della giurisprudenza avevano ritenuto tutelati in base al vecchio testo degli art. 2469 e 2490 i conduttori, i coloni e altri detentori (cfr. M.A. LAQUIS, *Derechos reales* (Buenos Aires 1975) 534 ss.)

<sup>70</sup> Sul tema del titolo del possesso si sono particolarmente soffermati i *common lawyers*: cfr. F.H. LAWSON, *Introduction*, 35 ss. MEGARRY-WADE, 976 ss.; CRIBBET, 205 ss.; CROSSLEY VAINES, 45 s. D'altro canto, il valore del possesso come presunzione di titolo è stato

generale danno diritto al possesso del bene e quelli a contenuto speciale a un rapporto di fatto tale col bene che possa considerarsi possesso del singolo *property interest*<sup>71</sup>. Si capisce che sia così, poiché il possesso, se non può puramente e semplicemente identificarsi con l'esercizio di un *property interest*, è senza dubbio un elemento o un presupposto necessario di tale esercizio, nonché una sua manifestazione.

Un altro tipo di rapporto fra possesso e *property interests* di godimento riguarda l'acquisto di questi ultimi<sup>72</sup>. Vi sono modi d'acquisto, che comprendono fra le loro componenti essenziali l'acquisto o l'esercizio del possesso: tale, ad esempio, la consegna del bene dall'alienante all'acquirente; tale ancora l'usucapione o prescrizione acquisitiva nei sistemi giuridici che, in un modo o nell'altro, la riconoscono<sup>73</sup>. Vi sono poi modi d'acquisto che

---

normativamente stabilito dal CC austriaco § 323. Deve rilevarsi che, anche riguardo al titolo del possesso e alla simmetrica presunzione, al possesso vero e proprio può equipararsi la detenzione non dovuta a ragioni di ospitalità o di servizio.

Infatti la spettanza di un *property interest* o di un mero diritto personale di godimento (nei sistemi in cui simili diritti non sono senz'altro considerati *property interests*) può costituire titolo per chi rispetto al bene è soltanto detentore, non possessore; e, d'altro canto, il fatto di detenere il bene come usufruttuario, tenant for life, conduttore, ecc. vale come presunzione della spettanza a lui del titolo corrispondente capace di giustificare la detenzione. Bisogna infine tener presente che in gran parte dei sistemi giuridici odierni il mezzo di tutela del massimo *property interest* è regolato in modo che chi se ne vale ha l'onere di provare di avere questo *interest* e che, se egli non vi riesce, il convenuto (che di regola è il possessore del bene, non il semplice detentore) viene assolto e quindi può conservare il possesso.

<sup>71</sup> Anche a questo riguardo al possesso è da equipararsi la detenzione, poiché il titolare di taluni *property interests* a contenuto generale, riconoscendo altri come proprietario e ammettendo di dovere in definitiva restituire il bene a lui, deve, a rigore, qualificarsi come detentore, non possessore. Deve notarsi in proposito che anche il CC italiano, che pur distingue piuttosto nettamente il possesso dalla detenzione, attribuisce all'usufruttuario il diritto al "possesso" (art. 938). In realtà quel che conta sotto il profilo considerato è il controllo fisico del bene, poiché solo con questo controllo le esigenze della "realtà", che comprendono il rapporto diretto nell'ambito di un sistema giuridico molto fedele alla tradizione romanistica come quello italiano importa poi molto che tale controllo debba propriamente chiamarsi detenzione piuttosto che possesso. Altro è il problema per i *property interest* a contenuto speciale: essi indubbiamente conferiscono la facoltà di compiere sul bene che ne è oggetto gli atti costituenti esercizio del rispettivo *property interest*, ma il compimento di questi atti non importa né presuppone il controllo fisico (possesso o detenzione che sia) dell'intero bene, bensì soltanto un rapporto di fatto con esso idoneo a costituire possesso di tale *property interest* (nel senso di possesso di un diritto)

<sup>72</sup> In questo campo assume nuovamente importanza la distinzione tra possesso e detenzione, poiché quello che viene in considerazione è soltanto l'autentico possesso o del bene o di un *property interest* su di esso. Sul tema si tornerà specificamente trattando dei modi di acquisto.

<sup>73</sup> Come si vedrà, il problema relativo alla possibilità che il possesso prolungato determini

consistono o nella pura e semplice presa di possesso, come l'occupazione di cose di nessuno o nella pura e semplice trasmissione del possesso a un acquirente di buona fede.

Quest'ultimo modo d'acquisto è previsto, con alcune varianti, da molti sistemi giuridici relativamente alla maggior parte dei beni mobili; ed esso comporta la possibilità che il possessore privo di titolo e privo comunque del potere di disporre, trasmettendo il possesso a un terzo in buona fede, renda costui titolare del *property interest* contemplato nel loro accordo e sottragga così in tutto o in parte il suo diritto a chi ne era titolare<sup>74</sup>.

Ciò mette in luce un altro importantissimo aspetto del possesso. Questo finisce infatti col costituire anche un mezzo fondamentale con cui il titolare di un *property interest* di godimento può conservarlo. Senza possesso, costui corre inevitabilmente il rischio di perdere in tutto o in parte il suo diritto o in quanto il possessore usucapisca o si giovi di un effetto analogo (il che quanto meno non richiede il decorso di un certo lasso di tempo e quindi lascia al titolare del diritto la possibilità di evitare tale effetto agendo in giudizio) o in quanto, trattandosi di un bene mobile, il possessore o anche il detentore trasmetta il possesso a un terzo per una causa in sé idonea al trasferimento o alla costituzione di un *property interest*, che privi in tutto o in parte del bene il vero titolare.

##### 5. Regimi immobiliari imperniati sulla proprietà e regimi immobiliari che prescindono dalla proprietà

I. Il Regime dei beni immobili in tutti i sistemi giuridici presenta differenze più o meno marcate e più o meno profonde dal regime dei beni mobili. Queste differenze hanno in parte origini antiche, in parte sono invece recenti o recentissime; esse possono inoltre riguardare sia uno degli elementi (facoltà, pretese, poteri, ecc.) di cui i *property interests* sono composti, sia particolarmente i limiti a cui sono soggetti. Ciò spiega perché appare opportuno esaminare ora i soli *property interests* immobiliari, rinviando a sezioni successive l'esame di quelli mobiliari.

Non si vuole, d'altro canto escludere la possibilità di differenze all'interno di ciascun campo; ed anzi una della peculiarità che distinguono

---

l'acquisto del *property interest* corrispondente riceve, nei diversi sistemi, varie soluzioni, anche negative.

<sup>74</sup> Anche su questo tema si tornerà trattando dei modi d'acquisto.

il campo immobiliare da quello mobiliare e che consigliano un loro esame separato è costituita proprio da un'importante differenza interna al primo e non riscontrabile nel secondo. Da questa differenza appunto occorre partire nell'esame dei *property interests* immobiliari.

Vi sono regimi immobiliari<sup>75</sup> che hanno al loro centro la proprietà intesa come il *property interest*, non solo il più ampio possibile nel sistema e nel momento storico dati, ma tale soprattutto da permettere di considerare il bene che ne è oggetto come appartenente al suo titolare<sup>76</sup>, e che, in conseguenza, configurano altri *property interests* solo in funzione della proprietà e quasi in contrapposizione ad essa. Altri regimi immobiliari invece non pongono al loro centro la proprietà, ma la disconoscono o la ignorano; per meglio dire concepiscono solo la proprietà del soggetto o dell'ente a cui, nel singolo sistema, compete la sovranità: una proprietà in massima più formale che sostanziale, ma sufficiente per escludere qualsiasi altro soggetto sia titolare di un *property interest* qualificabile come proprietà.

I sistemi civilistici conoscono un solo regime immobiliare; e questo si impernia sulla proprietà. È comune insegnamento che esso sia modellato sul regime immobiliare romano, rimesso praticamente in vigore sul continente europeo in seguito alla rivoluzione dell'89 in Francia e alle sue ripercussioni negli altri Paesi continentali<sup>77</sup>. In realtà il diritto romano nel corso del tempo e nei vari territori in cui ha operato ha conosciuto regimi immobiliari diversi, molti dei quali, per essere relativi o a terre facenti parte dell'*ager publicus* in Italia durante la repubblica o a terre situate in provincia e, come tali (specie durante il principato), considerate appartenenti allo Stato o all'imperatore o infine, durante il dominato, a terre soggette a varie

<sup>75</sup> Si intende qui per regime immobiliare l'insieme delle norme che determinano le specie e la natura dei *property interests* immobiliari ammessi nel singolo sistema giuridico. Di solito ogni sistema ha un unico regime immobiliare. Vi sono però alcuni sistemi in cui, come si vedrà, hanno avuto vigore in passato o vigono due diversi regimi, secondo la specie di immobili a cui si riferiscono.

<sup>76</sup> V. al riguardo il prossimo par.

<sup>77</sup> Cfr. p. es. PICARD, n° 4 (p. 3 ss.); H. EICHLER, I, 57, n. 26, MARTY-RAYNAUD, II, 2, n° 35 (p. 39 s.) vedono piuttosto emergere, dopo la rivoluzione francese, le concezioni giusnaturalistiche. I giusnaturalisti avevano effettivamente giustificato e valorizzato la *property* privata (v. *supra* 1.1.3 e 30-31; v. B. SCHMIDLIN, *Der Begriff der bürgerlichen Freiheit bei Franz Zeiller*, in *Atti del Convegno su Zeiller* in corso di stampa; ma lo specifico regime immobiliare istituito in Francia e in altri Paesi del continente europeo dopo la rivoluzione dell'89 e imperniato sulla proprietà (ownership) trova, almeno sotto il profilo economico, il suo modello nel regime immobiliare delineato dai giuristi romani classici e tramandato dalla compilazione giustiniana, che i legislatori del primo Ottocento credettero in quale modo di ripristinare dopo la lunga parentesi feudale.

forme di proprietà imperiale, non ammettevano la proprietà se non dello Stato o dell'imperatore e nondimeno conferivano in massima il godimento di quelle terre ad altri soggetti, che riconoscevano titolari di *property interests* aventi varia intensità e varia durata. Solo in Italia (particolarmente dall'inizio del principato, e sempre che non si fossero poi ivi costituiti domini imperiali), nonché in territori provinciali muniti del così detto *ius italicum*, il regime immobiliare era imperniato sulla proprietà. Ora precisamente a questo regime i giuristi romani dell'epoca classica fecero di regola, riferimento; e grazie alla loro influenza esso tornò ad essere punto di riferimento nel *Corpus iuris* giustiniano<sup>78</sup>. Attraverso il *Corpus iuris* quel regime venne così tramandato ai sistemi civilistici, nei quali, soverchiato dall'orientamento feudale, esso poté inizialmente sopravvivere attraverso gli squarci esistenti o apertisi man mano in questo ordinamento e rinacque poi completamente dopo la soppressione negli ulti residui del feudalesimo per opera della Rivoluzione francese del 1789.

II. Ai sistemi civilistici appaiono nettamente contrapposti quelli di *common law* non ammettendo (almeno formalmente) la proprietà di beni immobili, hanno costruito un regime immobiliare privo del centro focale della proprietà e comprendente un cospicuo numero di *property interests* di godimento, posti per così dire in serie, gli uni accanto agli altri, anziché, come nei sistemi civilistici, l'uno (la proprietà) di fronte agli altri.

Questa differenza prende origine dalla storia e precisamente dal regime feudale, che verso la fine del XI secolo era in vigore tanto sul continente europeo che nelle isole britanniche. Il principio caratteristico di questo regime era che la terra apparteneva in massima al sovrano (lord Paramount), il quale la dava in concessione a personaggi a lui fedeli in cambio della loro sottomissione e di servizi da prestarsi alla corte, nell'amministrazione, nell'esercito.

Questi personaggi (vassalli), che acquistavano così, accanto al diritto di godere della terra, un potere di tipo politico, potevano, a loro volta, dare la terra o parte di essa in concessione ad altri in cambio della loro sottomissione e di servizi; e costoro ancora ad altri. Si formava così una catena, in cui quasi solo coloro che ne rappresentavano l'ultimo anello provvedevano alla coltivazione della terra e in cui solo colui che stava all'inizio (il sovrano) aveva la proprietà nel senso preciso del termine<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> L'autore ha già sviluppato questi concetti in una conferenza tenuta all'Institut de Droit Romain di Parigi (*“Réflexions sur la propriété, 5 marzo 1976*).

<sup>79</sup> La proprietà del sovrano, che già poc'anzi si è qualificata più formale che sostanziale, è venuta, d'altro canto, perdendo sempre più il suo contenuto economico, eccettuati i casi

Eccezionalmente potevano esservi terre che non rientravano nella signoria del sovrano né in quella dei signori intermedi e che costituivano i così detti “allodia”. Esse erano allora oggetto di autentica proprietà. Ma si trattò di eccezioni che, abbastanza frequenti nella Francia meridionale e in Italia, furono invece praticamente inesistenti nella Francia del Nord e in Inghilterra per il prevalere del principio “nulle terre sans seigneur”.

L'evoluzione di questo regime fu guidata dalla tendenza a dare alle concessioni di terre e ai diritti che ne derivavano un carattere sempre più nettamente patrimoniale e a scindere, in ogni modo, questo aspetto patrimoniale da quello politico e da quello connesso alle qualità personali del vassallo, in quanto concessionario dei beni. Manifestazioni importanti di questa tendenza furono la trasformazione in somme di denaro dei servizi dovuto dal vassallo, il conferimento a questi del potere di trasmettere la concessione con atto tra vivi, l'introduzione comunque della trasmissibilità ereditaria. Ma l'evoluzione si attuò con modalità e tempi diversi nei vari Paesi del continente europeo e delle isole britanniche.

Essa senza dubbio fu più rapida sul continente europeo, pur con differenze tra Paese e Paese. E così in Francia, dove l'evoluzione ha avuto un ritmo medio, si poteva già dire nei secoli XVII e XVIII che il signore aveva, secondo le parole del Pothier, un “domaine de supériorité”, il quale non impediva al vassallo o al suo avente causa di essere titolare di un effettivo “domaine de propriété”<sup>80</sup>. Tuttavia solo la rivoluzione dell'89 e le sue ripercussioni in Francia e negli altri Paesi del continente, spazzando via il “domaine” del signore, valsero a conferire effettivamente una posizione centrale alla proprietà fra i *property interests* sugli immobili, ripristinando

---

rarissimi, in cui l'immobile non sia effettivamente posseduto e goduto da altro soggetto ed eccettuati inoltre certi limitatissimi aspetti (su cui v. *infra*). Tale proprietà è dunque molto simile, come è del resto ovvio, al “dominio eminente” (o “diretto”) elaborato dai feudisti continentali del medioevo, ed ha anzi oggi un contenuto economico assai più evanescente, ma non si identifica per questo con la pura sovranità e nemmeno col “domaine de supériorité” che, presso i giuristi francesi del XVII e XVIII secolo, sostituì l'antico “dominio eminente” (o “diretto”). È giusto, dunque, dal punto di vista dei sistemi di *common law*, parlare di una autentica proprietà del sovrano, ancorchè formale.

<sup>80</sup> R.J. POTHIER, *Traité du domaine de propriété* (Oeuvres a cura di M. BUGNETS, IX, Paris 1846), 101, qualifica il «droit du domaine de propriété» e spiega (102 s.) : «A l'égard des héritages tenus en fief ou en censive, on distingue deux espèces de domaines : le domaine direct et le domaine utile. Le domaine direct qu'ont les seigneurs de fief ou de censive... est le domaine ancien originaire... dont on a détaché le domaine utile par aliénation... le quel en conséquence n'est plus qu'un domaine de supériorité et n'est autre chose que le droit qu'ont les seigneurs de se faire reconnaître comme seigneurs par les propriétaires et possesseurs...». Su tutto il tema v. P. OURLIAC, L. DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit*, II, (Paris 1961), 137 ss. 155 ss.

quello che la tradizione romanistica considerava il regime immobiliare romano<sup>81</sup>.

In Inghilterra invece, dove il diritto romano non era stato recepito come diritto vigente in materia di *property* e dove non si fece sentire la scossa finale e conclusiva della Rivoluzione francese, i principi del regime immobiliare feudale, elaborati con grande finezza dai giudici e dai giuristi inglesi nel corso di molti secoli, sopravvissero più a lungo e in una certa misura sopravvivono tutt'ora, impedendo a quei giudici e ai quei giuristi di concepire un'autentica proprietà della terra. Certo, vi sono state in Inghilterra leggi che hanno soppresso questo o quell'altro aspetto del regime feudale<sup>82</sup>; e vi è stato poi tra il 1922 e il 1925 un complesso di leggi di riforma (entrate in vigore il 1° gennaio 1926), che, fra l'altro, ha unificato gli statuti terrieri, riducendoli all'unico modello della "freehold tenure", e ha abolito tutte le signorie intermedie (quelle dei "mesme lords"), lasciando sussistere solo quella del sovrano ("lord paramount")<sup>83</sup>. Ormai quindi non si può dire che il regime immobiliare inglese sia effettivamente feudale. Esso tuttavia continua a essere retto dal principio che la terra e quindi gli immobili in genere appartengono formalmente alla Corona e non possono, comunque, essere oggetto di proprietà assoluta da parte di un altro soggetto ("no absolute ownership in land")<sup>84</sup>.

La stessa negazione che l'attuale regime immobiliare sia feudale può ripetersi per gli Stati Uniti e per gli altri Paesi di *common law*, dove anzi un vero feudalesimo non è stato in vigore nemmeno nel periodo coloniale. E nondimeno risulta operante negli Stati Uniti salvo qualche eccezione e negli altri Paesi di *common law* la idea che esiste sulla terra e sugli immobili in genere una proprietà eminente<sup>85</sup>, che questa spetta allo Stato (subentrato

<sup>81</sup> Si è già accennato (*supra* in questa section) che fra i vari regimi immobiliari in vigore nelle diverse epoche del diritto romano, imperniato sulla proprietà fu soltanto il regime che risultò però paradigmatico, quello dei giuristi classici e del Corpus iuris giustiniano

<sup>82</sup> Sono da ricordare qui, fra gli altri, lo statute *Quia emptores* del 1290, che vietò le subinfeudazioni mediante la costituzione di una tenure in fee simple e permise invece il trasferimento da parte del tenant attuale dello stesso diritto a lui spettante, il *Tenures Abolition Act* del 1660, che sopprime le tenures diverse dal *socage* e dal *copyhold* (sulle quali v. *infra*), varie leggi del XIX sec. che portarono all'affrancazione del *copyhold* e sulla soppressione di alcuni privilegi dei signori.

<sup>83</sup> Fu questa signoria del sovrano, evanescente ma capace di escludere la proprietà di qualsiasi altro soggetto: cfr. MEGARRY-WADE, 13 e *passim*; LAWSON, 79 ("the shadowy tenancy under the Crown").

<sup>84</sup> Cfr. MEGARRY-WADE, 40; F.H. LAWSON, 8 s.

<sup>85</sup> R.R. POWELL, I, § 158 (ivi le eccezioni degli Stati che nelle loro costituzioni riconoscono agli altri soggetti la proprietà "alloidiale" della terra). Per l'Australia P.M. Fox, in G.W.



in proposito alla Corona inglese), che in conseguenza di altri immobili se non *property interests* diversi dalla proprietà.

III. Il problema di ammettere o no la proprietà sugli immobili e di impernare quindi o no il regime immobiliare sulla proprietà non è rimasto circoscritto ai sistemi civilistici e a quelli di *common law*, ma si è posto e si pone sostanzialmente in tutti gli altri sistemi giuridici. In alcuni di essi, anzi, o in alcuni loro gruppi possono coesistere entrambi i regimi<sup>86</sup>.

I sistemi socialisti, nei quali per altro la distinzione fra beni immobili e mobili è secondaria rispetto a quelli tra beni ritenuti mezzi di produzione e come tali sottoposti in massima a proprietà sociale o socialista e beni ritenuti oggetto di consumo e come tali suscettibili di proprietà personale, imperiano il loro regime immobiliare sulla proprietà, allo stesso modo dei sistemi civilistici. L'ovvia differenza rispetto a questi è che la proprietà da essi ammessa sugli immobili è spesso proprietà sociale o socialista e spetta allo Stato o a cooperative o ad altre organizzazioni sociali.

Si è visto nondimeno che certi edifici e, in alcuni sistemi, anche la terra possono essere oggetto di proprietà personale o di proprietà privata spettante quindi a soggetti diversi dallo Stato e dalle organizzazioni sociali<sup>87</sup>.

IV. I sistemi islamici invece offrono un interessante esempio di coesistenza di immobili (per lo più terre ma anche edifici), di cui può aversi un'autentica proprietà, e immobili che, in quanto ritenuti appartenenti per diritto di conquista alla Comunità musulmana o agli enti religiosi o civili (p. es. lo Stato) che la rappresentano, possono spettare ad altri soggetti soltanto in possesso e godimento<sup>88</sup>.

Una situazione analoga si riscontra nei sistemi tradizionali africani.

---

PATON, *The Commonwealth of Australia* (London 1952), 133 ss., 117 s. Per la Nuova Zelanda E.J. HAUGHEY, in J.L. ROBSON, *New Zealand* (2 ed., London 1967), 389 ss.

<sup>86</sup> Come si è già detto, tale era anche stato il caso del diritto romano in quasi tutti i suoi periodi storici.

<sup>87</sup> *Supra* I, 2.14

<sup>88</sup> Cfr. J.N.D. ANDERSON, *Islamic Law*, in *Intern. Enc.*, VI 2.5.197; DEBS, *The Law of Property in Egypt – Islamic and Civil Law* (Thes. Princeton University 1962); D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malachite*, I (Roma 1925), 359 ss. Questo autore (p. 361 s.) riferisce la terminologia antica, secondo cui queste terre erano indicate come “arādi harāgiyyah” (da “harag=canone o tributo che era quello corrisposto da chi otteneva o conservava il godimento di quelle terre in virtù di un particolare *property interest*, sui cui *infra*), mentre quelle suscettibili di proprietà privata erano chiamate “arāi usryyah (da “usr”= decime, che era l'imposta pagata dal proprietario). La legge fondiaria ottomana del 1858 indica invece queste ultime cose “arādi al mamlūka”, le prime come “arādi al amirēya”; e questa è la terminologia adottata attualmente dal CC siriano del 1949 e dal CC irakeno del 1951.

Qui però non risulta via sia coesistenza nel medesimo sistema giuridico dei due regimi immobiliari. Risulta invece che nell'intero complesso esistono sistemi in cui vige uno di tali regimi e altri sistemi in cui vige il regime opposto.

Afferma infatti Bentsi-Enchil che fra i sistemi tradizionali africani alcuni attribuiscono solo al gruppo sociale dominante o al suo capo (attualmente in massima allo Stato o al sovrano) il titolo allodiale (come lo si chiama in ambienti di *common law* a lui vicini) di tutte le terre, in modo che il diritto più pieno capace di spettare agli altri soggetti è qualcosa di meno dell'autentica proprietà ed esclude l'"appartenenza" del bene al suo titolare<sup>89</sup>. Una efficacia analoga può avere la diffusa concezione secondo cui la terra appartiene (non solo in senso religioso ma anche giuridico) all'una o all'altra divinità o agli spiriti degli antenati. Altri sistemi invece non riconoscono allo Stato o al sovrano (e nemmeno giuridicamente parlando, a divinità o spiriti) un vero titolo dominicale sulla terra, ma solo il potere politico (o, rispettivamente, religioso); e di conseguenza ammettono che gli altri soggetti siano titolari di autentica proprietà<sup>90</sup>.

V. Sono infine degni di particolare attenzione i sistemi c.d. misti, nei quali, come già si è visto, un fondo civilistico ha subito più o meno estere infiltrazioni o sovrapposizioni di principi, indirizzi o regole specifiche di *common law* in conseguenza dell'inclusione di tali sistemi nell'orbita politica inglese o americana<sup>91</sup>.

I risultati della combinazione o, in casi sfortunati, della contaminazione fra gli orientamenti di fondo di tali due gruppi di sistemi sono notevoli in molti campi della *Law of Property*, come si è già accennato e meglio si vedrà man mano. Qui importa considerare i risultati prodottisi nel regime immobiliare, quale so si è fin qui inteso.

In linea di massima l'orientamento civilistico è rimasto prevalente, in

<sup>89</sup> K. BENTSI-ENCHILL, *Intern. Enc.*, VI 2.5.148, enumera I sistemi che adottano questo regime immobiliare. Fra essi si ricordano qui, quelli dei Lesotho, del regno di Barotse nello Zambia, quelli facenti parte dell'Unione Ashanti nel Ghana. Giustamente l'autore scorge analogie fra tale regime e quello dell'Inghilterra ma v. anche R. VERDIER, *Féodalités et collectivisme africain*, in *Présence Africaine*, 1961, 79; P.F. GONIDEL, *Les droits africain* cit. 10 s., che insiste particolarmente sul carattere collettivistico del godimento fondiario africano.

<sup>90</sup> Qui l'analogia è evidentemente col regime dei sistemi civilistici (il Bentsi-Enchill menziona in particolare quello della Francia)

<sup>91</sup> Il fondo civilistico è francese per il Quebec, ispano-francese per la Louisiana, spagnolo per le Filippine e Porto Rico, infine romano-olandese per il Sud Africa e Sri Lanka. La Scozia rientra anch'essa nella tradizione romano-olandese, ma, specie nella materia immobiliare, risente molto di fattori suoi propri costituiti dalla sua storia e dalla sua struttura sociale, specie dall'importanza che vi ha avuto e in certo modo vi ha ancora il feudalesimo.

quasi tutti quei sistemi, nel senso che quasi tutti continuano ad ammettere un'autentica proprietà immobiliare e ad assegnarle una posizione centrale nell'ambito dei *property interests* su immobili. I codici civili del Québec, della Louisiana, delle Filippine, di Porto Rico corrispondono, per questo aspetto, ai modelli francese e spagnolo<sup>92</sup>; la loro elaborazione giudiziale e dottrinale non se ne discosta. A sua volta, il diritto applicato nel Sud Africa corrisponde sostanzialmente sempre per questo aspetto, alla tradizionale del diritto romano giustiniano<sup>93</sup>. Il discorso è diverso per la Scozia, poiché la sopravvivenza in questo Paese di alcuni aspetti delle istituzioni feudali<sup>94</sup>

<sup>92</sup> CC della Provincia di Québec art. (definizione della proprietà); 443, 487, 495, 499 (diritti reali su cosa altrui e quindi contrapposti alla proprietà); CC della Louisiana art. 488 (definiz. della propr.); 534, 639, 640, 646-47. (dir. reali su cosa altrui); CC delle Filippine art. 428 (defin. della proprietà); 562, 613 (dir. reali su cosa altrui); CC di Porto Rico art. 280 (defin. della proprietà); 396, 451, 452, 465 (dir. reali su cosa altrui). Sull'orientamento generale di questi sistemi in materia immobiliare cfr. T.B. SMITH, *Mixed Jurisdictions*, in *Intern. Enc.* VI.7.243; 245; 248; 253. La fedeltà di questi sistemi al tipo civilistico o di regime immobiliare non impedisce che in essi si siano adottati o introdotti istituti uguali o simili al trust, tipico dei sistemi di *common law* (cfr. W.F. FRACTCHER, *Trust*, in *Intern. Enc.* VI.11. 112-115).

<sup>93</sup> H.R. HAHLO-C. KAHN, *The Union of South Africa*, 578 ss. Un discorso simile, ma con maggiori sfumature, può farsi per il regime immobiliare di Sri Lanka, in quanto conforme alla tradizione romano-olandese (v. T.B. SMITH, *Inter. Enc.* VI 2.7.251); K. BALASINGHAM, *The Law of Ceylon* (London 1937), 39 s.). Tuttavia il diritto locale sinhalese, che aveva conservato una sfera di applicabilità nel periodo coloniale, attribuiva al Re (ossia in definitiva alla corona inglese) la posizione di signore supremo rispetto alla terra, la quale quindi non poteva appartenere in proprietà (ownership) ad altri soggetti. La decolonizzazione, pur non favorendo il persistere di questo aspetto (sostanzialmente feudale) del diritto sinhalese, ha senza dubbio accelerato il declino della tradizione romano-olandese, su cui riposava il riconoscimento della proprietà piena e assoluta della terra. D'altro canto, gli orientamenti economico-sociali della costituzione del 1972 sono indirizzati verso un godimento della terra che non sia privato e individuale, poiché prevedono che essa, in quanto mezzo di produzione, divenga oggetto di proprietà statale o cooperativa (cost. art. 16.2. e). È vero che questi indirizzi hanno un'efficacia giuridica molto debole (v. art. 17); essi, comunque, non possono non fare regredire la superstita proprietà piena e assoluta della tradizione romano-olandese

<sup>94</sup> D.N. WALKER, *Principles of the Scottish Law*, II, 1201 ss. Solo gli immobili personali del sovrano e del suo primogenito, la "udal land" delle isole Orkney e Shetland e gli immobili espropriati in base a certe leggi (WALKER, *Principles*, II, 1202 n. 5) sono esenti dal regime feudale. Occorre tenere presente che le leggi inglesi che ridussero e poi praticamente abolirono il regime feudale (dallo statute *Quia emptores* del 1202 alle leggi di riforma del 1295) non si applicarono in Scozia né, furono ivi surrogate da leggi equivalenti. Certo nel corso di questo secolo, e specie nell'ultimo decennio, furono emanate per la Scozia leggi che semplificarono e alleggerirono le istituzioni feudali (Feudal Casualties (Sc) Act. 1914; Conveyancing end Feudal Reform (Sc.) Act. 1970; Land Commission (Dissolution) Act. 1971; Land Tenure

impedisce ivi il riconoscimento di un'autentica proprietà immobiliare e determina, viceversa, l'ammissibilità di più diritti omogenei sullo stesso appezzamento di terra, analogamente a quanto avviene nei sistemi di *common law*<sup>95</sup>. Un indizio in senso opposto potrebbe vedersi nell'affinità che si scorge in Scozia tra il *liferent* estate diritto vitalizio di servirsi e godere di un immobile, e l'usufrutto romano e della trazione romanistica<sup>96</sup>. Ma in realtà c'è sempre la differenza che l'usufrutto è concepito come un diritto su cosa altrui, contrapposto alla proprietà, mentre il *liferent* è considerato un estate, alla stessa stregua di altri *property interests*, nessuno dei quali, anche se di durata perpetua è qualificabile come proprietà.

Lasciando, comunque, aperto il problema relativo all'esatta definizione del *liferent*, sembra che si possa dire in linea generale che il regime immobiliare vigente in Scozia, pur avendo ricevuto (come l'intero sistema giuridico scozzese) influenza dal diritto romano e dalla tradizione romanistica, si differenzia da regimi immobiliari in vigore nei sistemi civilistici, perché non si imperni sulla proprietà e non contrappone alla proprietà i diritti reali di godimento su cosa altrui, considerandoli omogenei tra loro, il che rappresenta un indubbio punto di contatto col regime immobiliare della *common law*. Ma poiché, d'altra parte, non risulta che si sia avuta in Scozia una pura e semplice recezione di questo regime, il punto di contatto con la *common law* è probabilmente da attribuirsi, come si è già accennato, alla forza che hanno avuto in Scozia le istituzioni feudali e alla loro parziale sopravvivenza ancora oggi.

---

Reform (Sc.) Act. 1974), ma esse non giunsero ad abolirle. Sul tema cfr. anche HALLIDAY, *The Conveyancing and Feudal Reform* (Scotland) Act. 1970 (Edinburgh 1970).

<sup>95</sup> Si parla di "estates" per indicare gli interest in land spettanti a soggetti diversi dalla Corona e si riconosce l'esistenza in ultima analisi del dominio eminente della Corona su gran parte delle terre, le eccezioni essendo limitatissime (v. n. prec.); D.N. WALKER, *Principles* II 1204; T.B. SMITH, *Intern. enc.* VI. Deve notarsi che, oltre il sovrano intermediari (anche di diversi gradi), che sono considerati titolari di "dominium directum" o "estate of superiority". L'ultimo vassallo, che non è a sua volta signore e che veramente possiede la terra, ha invece, come si dice, il "dominium utile". L'adozione, per altro, di questa terminologia, che echeggia quella dei giuristi continentali anteriori alla rivoluzione francese, non significa che si sia giunti in Scozia, come si era giunti sul continente nei secoli XVII e XVIII, a considerare il dominum utile un'autentica proprietà. Se di proprietà può parlarsi è, come si è già accennato, soltanto a proposito della "paramount superiority" del sovrano; a sua volta, l'estate of superiority dei signori intermedi è sempre ritenuto abbastanza forte in senso dominicale da impedire che il dominum utile del vassallo sia qualificabile come proprietà (cfr. D.N. WALKER, *Principles*, II, 1213 ss. 1261 ss.).

<sup>96</sup> D.N. WALKER, *Principles*, II, 12771. Un maggiore distacco del *liferent* dall'usufrutto della tradizione romanistica sembra vedere T.B. SMITH, *Intern. Enc.* VI 2.7.59.

## 6. La proprietà immobiliare

La proprietà di un immobile, se ammessa dal singolo sistema giuridico considerato<sup>97</sup> è per definizione, il più ampio *property interest* che in quel sistema possa aversi su un immobile. Essa comprende, almeno teoricamente, la totalità degli elementi (facoltà, pretese, poteri, immunità) che in quel sistema possono comporre un *property interest* su un immobile e che, nel suo ambito, permettono, combinandosi insieme, che l'immobile sia considerato appartenente al titolare del *property interest*, vale a dire suo proprio<sup>98</sup>. L'aspetto dell'appartenenza è molto importante, ma dipende da elementi la cui valutazione è condizionata, dai caratteri del singolo sistema giuridico, e che quindi possiedono un certo grado di relatività. Se d'altro canto, si vuole precisare il contenuto di quelle facoltà, pretese, poteri, immunità, giuridicamente costituiscono il presupposto dell'appartenenza, si nota che è più facile darne un'indicazione negativa che non positiva, è più facile cioè dire che cosa il proprietario non può fare e non può pretendere che non quello che egli può fare e può pretendere<sup>99</sup>. In parte ciò dipende dall'essere tale contenuto, come appunto si è presupposto, generale, e

<sup>97</sup> Come si è visto nella section precedente, è possibile che essa non sia ammessa.

<sup>98</sup> Ancora una volta ci è guida l'American Restatements, § 10 comment (p. 25 s.), sebbene esso rispecchi la *common law*, in cui una vera proprietà immobiliare non è ammessa. Parlando infatti in generale e in modo teorico, esso dice che il soggetto a cui spettino rispetto a una cosa tutti gli elementi suscettibili di comporre un *property interest* su tale cosa, che, cioè ne abbia, come esso si esprime, la "complete *property*", è "proprietario" (owner) della cosa, ne ha la "proprietà" (ownership). E sottolinea che lo si dice proprietario *della cosa*, non dell'*interest in the thing*" (come effettivamente suole dirsi in *common law* del titolare di altri *property interests*). Quel che precisamente caratterizza la proprietà è l'appartenenza del bene al titolare dell'*interest*, ossia la presenza in questo di tanti e tali elementi che il titolare possa avere il bene come suo. Che egli abbia l'*interest* è ovvio, che possa dirsi proprietario dell'*interest*, è concepibile, anche se di dubbia correttezza e scarsamente significativo; quello che conta è però che egli, grazie agli elementi contenuti nel suo *interest*, sia proprietario *della cosa*, (owner of the thing). In questo senso (conforme alla più antica concezione romana) cfr. già B. WINSHEID, *Lehrbuch des Pandektenrecht* (8 ed., Frankfurt 1900), I, § 157 e, recentemente, H. EICHLER, I 13 s. F. BAUER, § 54, 1. Circa la rilevanza dell'appartenenza e i suoi requisiti minimi v. *infra* in questa sezione.

<sup>99</sup> Un altro modo di configurare la proprietà in senso negativo è quello di guardarla dal lato dei soggetti passivi (vincolati dal generale obbligo di non ingerirsi nel bene di cui si tratta). Si è visto infatti (*supra* 15 e n. 255) che alcuni autori, reagendo all'indirizzo prevalente che, in materia di proprietà e in genere di diritti reali di godimento, ignorava addirittura l'esistenza di soggetti passivi, hanno visto nella proprietà e in genere nei diritti reali di godimento solo l'obbligo negativo dei terzi. (cfr. R. DEMOGUE, *Notions fondamentales* (Paris 1911), 305 ss.; M. ALLARA, *Nozioni fondamentali* (5 ed. Torino 1958), 390 s.

quindi di per sé poco adatto a essere specificato, in parte dall'ampiezza teoricamente indefinita di tale contenuto. Nondimeno, salva sempre l'impossibilità di un'esauriente specificazione, vi sono punti di riferimento positivi che compaiono nelle definizioni della proprietà date dai giuristi e dai codici. Essi sono l'uso e il godimento del bene, ossia nel nostro caso dell'immobile, il potere di disporre, l'esclusione di tutti gli altri. così la tradizione romanistica, che qualificava genericamente la proprietà come "*ius plenum in re corporali*", ne precisava un po' più il contenuto con una formula molto nota e spesso parafrasata dagli autori moderni: "*ius ac potestas re quapiam tum utendi tum abutendi*"<sup>100</sup>. Il Pothier, a sua volta, dopo aver osservato che il "*domaine de propriété*" deriva il suo nome dal fatto che si tratta del diritto grazie al quale una cosa è *propria* del suo titolare, precisa che esso comprende: "1° Le droit d'avoir tous les fruits qui naissent de la chose...; Le droit de se servir de la chose...; 3° Le droit de disposer<sup>101</sup>...; 5° Le droit d'empêcher tout autre de s'en servir ..." <sup>102</sup>.

Su questa falsariga è stata elaborata la definizione del code Napoléon e dei codici che ne sono derivati<sup>103</sup>. Da essa, d'altronde, non si discostano sensibilmente le definizioni dei CC austriaco, tedesco, svizzero<sup>104</sup>, né

<sup>100</sup> HOTMANN, *Commentarius de verbis iuris antiquitatum romanarum elementis amplificatus* (Basilea 1563). Per altre definizioni e per la loro storia PUCCINELLI, *Studi e ricerche intorno alla definizione "Dominium est ius utendi et abutendi re sua, quatenus iuris ratio patitur"* (Firenze 1886).

<sup>101</sup> Il diritto di disporre viene specificato dal Pothier in due ulteriori diritti, a cui si riferiscono i punti 4° e 6° del suo elenco; ma essi possono qui considerarsi compresi nella menzione del diritto di disporre..

<sup>102</sup> J. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, in *Oeuvres* (Paris, 1830), 143 s

<sup>103</sup> CC francese (code Napoléon) art. 544 "*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*"; CC italiano del 1865 "*La proprietà è il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti*"; CC spagnolo art. 348 "*La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin mas limitaciones que las establecidas an las leyes*". Definizioni analoghe si trovano anche in codice di sistemi misti influenzati dalla tradizione civilistica di tipo francese; v. ad es. CC di Puerto Rico art. 380 "*La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas sin mas limitaciones que las establecidas en las leyes*". Questa tradizione sopravvive anche nella versione del CC cubano approvata dopo l'instaurazione del regime socialista castrista (art. 348 "*La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin mas limitaciones que las establecidas en las leyes*").

<sup>104</sup> CC austriaco § 354 "*Also in Recht betrachtet, ist Eigentum das Befugnis, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willfür zu schalten und jeden andern davon auszuschliessen*"; CC svizzero art. 541 "*Wer Eigentümer einer Sache ist, kann in den Schranken der Rechtsordnung, über sie nach seinem Beieben verfügen*". Si noterà che in alcune

quella del progetto del nuovo CC Olandese<sup>105</sup>. Anzi i Principi della legislazione civile dell'URSS e alcuni codici dei Paesi socialisti, nonostante le diverse forme e la diversa portata che la proprietà assume in quei sistemi giuridici, formulano definizioni paragonabili a quelle civilistiche<sup>106</sup>. Quanto ai *common lawyers*, dai quali ovviamente non possono attendersi definizioni dell'autentica proprietà immobiliare, si nota tuttavia che, quando considerano il tema dal punto di vista generale o si riferiscono alla *personal property*, esprimono concetti analoghi a quelli che si sono esposti<sup>107</sup>.

Bisogna ora, riprendendo il discorso con cui si è cominciato questo esame della proprietà degli immobili, fermare l'attenzione su alcuni punti a cui si è in esso accennato.

Uno dei punti è quello della rilevanza rivestita dai caratteri del singolo sistema giuridico nel momento storico considerato. Da essi infatti, e dalle

---

di queste formule si preferisce indicare ciò che il proprietario può fare e pretendere, ossia quale diritto ha, piuttosto che dire in che cosa consiste la proprietà, ossia quale diritto è. Allo stesso modo è formulata, pur seguendo nel fondo il modello francese, la definizione del CC italiano del 1942 art. 832 “*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*”

<sup>105</sup> 5.1.1.2. “*De eigenaar mag van de zaak gebruik maken zoals hem goeëdunkt, behoudens rechten van anderen en met inachtneming van de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen*”.

<sup>106</sup> Principi della legislazione civ. dell'URSS art. 19 “*Al proprietario spettano, nei limiti fissati dalla legge, i diritti di possesso, di godimento e di disposizione*”; CC della RSFSR art. 92 (uguale al precedente) CC polacco art. 140 “*Il proprietario può, nei limiti fissati dalla legge e dalle regole della vita associata, godere di una cosa con esclusione di altre persone conformemente alla destinazione economico-sociale del suo diritto; egli può in particolare percepire i frutti e gli altri prodotti della cosa. Nei medesimi limiti può disporre della cosa*”. V. anche CC ungherese art. 93, 98, 99, 112 sgg.; CC cubano art. 348 (supra n. 335). Il CC cecoslovacco art. 130 e il CC della DDR § 24 limitano invece espressamente definizioni di tale genere alla sola proprietà personale.

<sup>107</sup> J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, (London 1875), 817 s. riferendosi a “*property*” o “*dominion*”, afferma : “*Taken with its strictest sense, it denotes a right-indefinite in point of user - unrestricted in point of disposition – and unlimited in point of duration – over a determinate thing*”; F. POLLOCK, *A First Book of Jurisprudence* (London 1929), 179, definisce l' ownership “*the entirety of the powers of use and disposal allowed by law*”; CROSSLEY VAINES, 40 aderisce a questa definizione; MEGARRY-WADE, 68, ricordano l'opinione di H.W. CHALLIS, *The Law of Real Property* (London 1911), 218, secondo cui il tenant in fee simple ha, nella sostanza benchè non nella forma, l'absolute ownership e riconoscono a costui, parafrasando la nota formula della tradizione romanistica, i poteri “*of enjoying, using and abusing*” dell'immobile, salvo I limiti che derivano da norme particolari; POWELL, II § 172 n° 10, fa propria la definizione dell'*American Restatement*, § 10 comment b) (supra n. 330)

norme (generali e particolari, scritte e non scritte) in cui essi si concretano, dipende non solo se quel sistema riconosca o no una vera proprietà immobiliare, ma inoltre – ed è evidentemente quanto ora interessa – quali elementi possano comprendersi in un *property interest* immobiliare (anzitutto quindi la proprietà) e quale ampiezza essi possano assumere. Ciò chiarisce che la “assolutezza”, che suole essere indicata come un’essenziale caratteristica della proprietà, non deve venire intesa in modo da confondere proprietà e sovranità e tanto meno da indurre a immaginare che il proprietario occupi una posizione superiore o estrema al sistema giuridico e alle sue norme. Le definizioni moderne<sup>108</sup> poc’anzi menzionate, pur con varietà di formulazioni e di accentuazione, mettono infatti in luce che i diritti del proprietario sussistono e devono essere esplicitati nell’ambito dell’ordinamento giuridico o delle leggi. Così viene chiaramente indicato che la proprietà, quando pure la si consideri, da un punto di vista filosofico e di ideologia politica, un diritto naturale, trova tuttavia nella concretezza storica la sua origine e il suo effettivo fondamento nelle norme del singolo sistema giuridico e può quindi variare sotto molti aspetti da sistema a sistema e da momento storico a momento storico. Ciò vale particolarmente per i limiti<sup>109</sup> che nel singolo sistema giuridico e nel singolo momento storico possono essere stabiliti, in modo da restringere o addirittura da escludere l’una o l’altra delle attribuzioni teoriche del proprietario, e che hanno assunto particolare importanza nell’ultimo secolo<sup>110</sup>.

Affini alle norme che pongono limiti, o fonti esse stesse di limiti, sono le norme che stabiliscono la funzione e gli scopi a cui la proprietà e l’una o l’altra specie di essa deve servire. Si è già accennato ai precetti costituzionali o alle norme di codici o di leggi che assegnano in genere alla proprietà una funzione sociale<sup>111</sup>; e non v’è dubbio che ne derivano limiti, su cui si dovrà

<sup>108</sup> Si può sostenere che anche nei diritti antichi e intermedi la proprietà era inquadrata nel sistema giuridico e poteva, comunque, subire limiti per effetto di leggi e di analoghi atti normativi. Così, per esempio, la definizione a cui si riferisce il PUCCINELLI, *Studi e ricerche* cit. (*supra*), richiama espressamente la *iurs ratio*, nel cui ambito il *ius utendi* e il *ius abutendi* si trovano circoscritti. Ma, poiché questi precedenti storici non influiscono sull’aspetto ora considerato della proprietà odierna, un loro specifico esame, che d’altronde metterebbe anche in luce le differenze sussistenti fra essi e l’attuale rapporto fra proprietà e ordinamento giuridico, appare qui superfluo.

<sup>109</sup> Si vedrà a suo luogo (alla fine di questo capitolo) che cosa debba propriamente intendersi come limite.

<sup>110</sup> Il moltiplicarsi e l’estendersi dei limiti in questo periodo sono ovviamente in rapporto con le nuove concezioni, economico-sociali e con l’espandersi della nozione di interesse pubblico.

<sup>111</sup> *Supra* 1, *Introduzione*, 2 par. 9



fermare più innanzi l'attenzione<sup>112</sup>.

Si è pure accennato alla proprietà pubblica o a certe forme di proprietà pubblica (p. es. quella demaniale di alcuni sistemi civilistici), le quali sono sostanzialmente vincolate o all'uso pubblico o al perseguimento di altri fini di interesse generale. In alcuni sistemi di *common law* questo vincolo viene spesso riconosciuto a un trust, come se lo Stato o l'altro ente pubblico in questione fosse *trustee* della collettività o di quella speciale categoria di cittadini che sia eventualmente destinataria dei benefici derivanti dal perseguimento di quell'interesse pubblico<sup>113</sup>. Nei sistemi socialisti, d'altro canto, la determinazione degli scopi a cui la proprietà sociale o socialista, (del popolo, dello Stato, delle cooperative, delle altre organizzazioni sociali)<sup>114</sup>, sia che si tratti di quanto rimane della proprietà privata o della stessa proprietà personale<sup>115</sup>.

Ora, ribadita la variabilità sia degli scopi assegnati alla proprietà, sia dei limiti che derivano dalle relative norme e, molto più, da altre norme, sia inoltre della natura e dell'ampiezza degli elementi che concorrono a formare la proprietà, ribadita quindi la variabilità della fisionomia assunta complessivamente dalla proprietà sistema per sistema, specie per specie, epoca per epoca, sorge spontanea la domanda se questa variabilità possa estendersi indefinitamente o non vi sia invece un punto, oltre il quale si esce dai confini della proprietà e si entra in un diverso *property interest*. Il punto potrebbe essere quello in cui le attribuzioni (facoltà, pretese, ecc.) del titolare combinate coi suoi obblighi, non permettono più di considerare il

<sup>112</sup> V. *infra* nel luogo indicato

<sup>113</sup> V. in specie R. POWELL, I, § 160 enc. 81, § 161 n. 65

<sup>114</sup> Cost. dell'URSS art. 10, 15; Principi civili dell'URSS art. 21.2; CC della RSFSR art. 94.2; CC ungherese art. 89-90; CC della DDR § 17.I; 18.2-4; Cost. cinese art. 8. Si riporta, perchè particolarmente espressivo e articolato, il tenore del § 17.I CC della DDR: "(Das sozialistische Eigentum) sichert die weitere Erhöhung des materellen und kulturellen Lebensniveau des Volkes auf der Grundlage eines hohen Entwicklungstempos der sozialistischen Produktion, der Erhöhung der Effektivitat, des wissenschaftlich-technischen Fortschritts und des Wachstums der Arbeitsproduktivitat".

<sup>115</sup> La proprietà personale deve servire ai bisogni del titolare e della sua famiglia (p. es. CC ungherese art. 92.I; CC cecoslovacco art. 130, I; CC della DDR § 22.2) e non divenire fonte di reddito non prodotto da lavoro Cost. dell'URSS art. 13; Principi civili dell'URSS art. 25.1; CC della RSFSR art. 105.3; 111.1), né essere esercitata in contrasto con gli interessi della società (p.es. Cost. bulgara art. 21.6). A una finalizzazione analoga è soggetto quanto resta di proprietà individuale dei mezzi di produzione (proprietà privata in senso stretto); questa invero non solo non deve esercitarsi in contrasto con l'interesse pubblico e con l'interesse della società, ma deve inoltre essere coordinata col piano e più ampiamente con la politica economica e sociale condotta dal singolo Stato.

bene come suo proprio. Si deve senza dubbio ricordare, secondo quanto già si è detto, che tale punto non è obbiettivamente fisso né è determinabile in astratto, ma varia in funzione del sistema giuridico e del momento storico. E tuttavia sembra difficile negare che, solo se esiste un nucleo minimo di attribuzioni e di libertà (nel senso di assenza di obblighi) del titolare rispetto al bene, può dirsi che questo gli “appartiene”, che è “suo proprio”. La determinazione esatta di questo nucleo minimo potrà essere discussa, dovrà magari ammettersi che anche questo minimo è soggetto a variazioni (in ogni caso modeste) tra sistema e sistema, epoca e epoca; ma sulla necessità che esso sussista perché possa parlarsi di “appartenenza” del bene, non sembra possibile dubbio alcuno.

Soprattutto direi che non avrebbe senso qualificare come “proprietà” un *property interest* che non comprendesse le attribuzioni e la libertà necessaria per fare risultare il relativo bene “proprio” del suo titolare. Non basta, in sostanza, che un *property interest* sia il più ampio riconosciuto a un soggetto privato in un dato sistema giuridico perché esso possa classificarsi di “proprietà”; occorre che le attribuzioni in esso comprese e la libertà consentita al suo titolare non scendano al di sotto del nucleo minimo anzidetto.

Bisogna poi aggiungere che nei sistemi in cui la costituzione non è derogabile da leggi ordinarie e include fra i diritti garantiti la proprietà o certe sue forme può porsi il problema se una legge ordinaria, la quale, riguardo a dati (o a tutti) gli immobili introduca limiti tali della proprietà da comprimere o escludere le attribuzioni del titolare, non si risolva effettivamente nella soppressione della proprietà riguardo a tali immobili e non debba dunque essere giudicata invalida perché contraria alla costituzione.

In effetti il problema si è già concretamente posto riguardo a leggi introduttive di limiti di natura economico-sociale e proprio in relazione a simili limiti lo si dovrà deliberare più avanti<sup>116</sup>. Qui, da un punto di vista generale, deve dirsi, in coerenza con quanto si è sopra enunciato, che, se la legge introduttiva di limiti fa scendere mediante questi le attribuzioni e la libertà del titolare al di sotto del nucleo minimo anzidetto, la legge deve considerarsi soppressiva della proprietà con le eventuali conseguenze costituzionali che si sono prospettate.

III. Un altro punto su cui occorre fermare l'attenzione riguarda la possibilità che elementi contenuti nella proprietà (facoltà, pretese, poteri, ecc.) siano attribuiti a un soggetto diverso dal proprietario o formino un

<sup>116</sup> *Infra* alla fine di questo capitolo.

distinto *property interest* senza che la proprietà si estingua o si trasferisca a quest'altro soggetto e senza quindi che il bene cessi di risultare o di apparire apparentemente a quel proprietario. Questo fenomeno è appunto caratteristico dei sistemi che pongono la proprietà al centro del loro regime immobiliare: ivi possono esistere *property interests* diversi dalla proprietà<sup>117</sup>, ma essi, anche se hanno contenuto generale<sup>118</sup> analogamente alla proprietà stessa, si considerano derivati da questa e vengono, comunque, a trovarsi in una posizione subordinata (e in qualche modo contrapposta) ad essa, con la conseguenza che il bene continua ad appartenere al titolare della proprietà e solo a lui. Quei *property interests* sono infatti chiamati nei sistemi civilistici diritti reali su cosa altrui (e non propria).

La coesistenza sul medesimo immobile della proprietà e di altri *property interests* determina indubbiamente un impoverimento della proprietà. Al riguardo si parla spesso dei francesi di “*démembrements de la propriété*”, come si è parlato analogamente in Italia di “frazionamento”, in Germania di “*Spaltung*” o “*Alsplaltung*”. Queste, a ben vedere, non sono espressioni del tutto corrette<sup>119</sup>; ma il fenomeno nella sua sostanza non è dubbio. Esso consiste, talvolta, nel conferimento al titolare dell'altro *property interest* di attribuzioni praticamente uguali ad alcune di quelle del proprietario, il

<sup>117</sup> Sull'elenco di questi *property interests*, che nei sistemi civilistici è in massima un elenco chiuso, v. il paragrafo successivo.

<sup>118</sup> Sulla distinzione tra *property interests* a contenuto generale e a contenuto speciale v. *supra* par. 3.

<sup>119</sup> La tesi del frazionamento già accennata da J. POTHIER, *Traité* cit. 1,6-12, in *Oeuvres* (Paris 1830), 144, è stata particolarmente sostenuta nel secolo scorso (cfr. Büchel, *Civilistische Erörterungen*, I.2 (Marburg 1834), 7 ss. II.2 (Marburg 1839), 273, ss.; A. DURANTON, *Cours de droit civil suivant le code français*, II (Bruxelles 1841), 348 s.; M. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie* (Dijon 1836), I, 6. H.G. SCHEUREL, *Bemerkungen zur Lehre von der Servituten*, 12 *Zeitschr der geschichtlichen Rechtswissensch.*, 241 ss. (1845); L. BORSARI, *Commentario del Cod. Civ. Italiano*, II (Torino 1872), 268). Essa è stata per contro decisamente criticata nello stesso secolo da WIRTH, *Beiträge zur Systematik des Röm. Civilrechts* (Erlangen 1856), 75 s. 81 ss. e poi da B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts* (8<sup>a</sup> ed. Frankfurt 1900), I, 907 n. 5 che hanno messo in luce come tali *property interests* non siano parti o frazioni della proprietà. Quest'ultima opinione è oggi generalmente seguita (cfr. H. EICHLER, I, 15 s.; F. MESSINEO, II, 596), anche se in Francia si continua a parlare di “*démembrements*” della proprietà (cfr. MARTY-RAYNAUD, II, 2, 154 s.) e in Germania F. BAUER, § 3. II; II.2; parla di “*Abspaltung der Nutzungs- und Verwertungsbe – Befugnisse des Eigentümers*”. È certo, in ogni modo, che, per spiegare alcuni fenomeni, occorre tenere presente come il contenuto di quei *property interests* sia formato di elementi modellati su elementi della (o, talvolta, sottratti alla) proprietà, con la conseguenza nel secondo caso che, mentre quegli *interests* esistono, tali elementi non possono essere utilizzati dal proprietario (cfr. G. PUGLIESE, *Usufrutto*, 45, 471).

quale è correlativamente impedito di esercitare le sue; altre volte, invece (di solito quando si crea un *property interest* a contenuto speciale oppure di garanzia), nel conferimento al titolare dell'altro *interest* di attribuzioni minori di quelle del proprietario o diverse da esse, senza che al proprietario si impedisca di esercitare le sue, che siano eventualmente uguali a quelle conferite a tale titolare<sup>120</sup>, mentre restano tuttavia paralizzate altre sue attribuzioni<sup>121</sup>.

Ora ci si domanda come sia possibile che, nonostante tale impoverimento, talvolta assai accentuato<sup>122</sup>, la proprietà sopravviva e l'immobile che ne è oggetto continui a considerarsi appartenente al suo titolare. Il problema è, come si vede, analogo a quello posto poc'anzi relativamente all'incidenza sulla proprietà di norme, che, col porre limiti o in un altro modo, comprimano o escludano l'uno o l'altro suo elemento, l'una o l'altra attribuzione del proprietario o la sua libertà. Nel caso ora considerato la proprietà può sopravvivere, quando concorrono due requisiti: la conservazione al proprietario di un minimo di attribuzioni attuali<sup>123</sup>, la cui sufficienza è valutata dal singolo sistema anche in base al condizionamento storico che esso subisce<sup>124</sup>; la previsione di cause estintive

<sup>120</sup> Se questi ha per es. una servitù prediale che gli permette di passare attraverso il fondo altrui, anche il proprietario di questo fondo ha la facoltà di passare e ne conserva l'esercizio.

<sup>121</sup> Così è paralizzata nei confronti del titolare delle servitù menzionata alla nota precedente la pretesa all'astensione delle ingerenze, quale quella di passare. Analogamente, in caso di *property interest* di garanzia il proprietario di un fondo vincolato da ipoteca è privato, rispetto al titolare del diritto di taluni poteri e di talune immunità.

<sup>122</sup> Esso, che è già notevole quando sull'immobile esiste un usufrutto (talchè in questo caso il proprietario nei sistemi civilistici suole essere qualificato "nudo"), raggiunge il culmine, quando l'immobile è oggetto di un'enfiteusi perpetua o, trattandosi di un'area, è oggetto di superficie parimenti perpetua e l'edificio a cui questa si riferisce insiste sull'area. V'è da osservare, per altro, riguardo all'enfiteusi che questo istituto fece parte inizialmente di regimi immobiliari (come quello delle terre imperiali nel tardo impero romano e, più tardi, quello feudale dell'Europa continentale) che non erano imperianti sulla proprietà e nei quali non si poneva per tale diritto il problema della sua compatibilità con la proprietà (v. anche la sect. seguente).

<sup>123</sup> Il problema è stato esplicitamente posto da D. BARBERO, *Proprietà e usufrutto*, 90 Giur. It., 226 (1938), che ha cercato di risolverlo affermando che al proprietario deve rimanere un minimo delle attribuzioni normalmente comprese nella proprietà, da lui chiamato "minima disponibilità originaria". Questo requisito è necessario, ma occorre sia integrato, come si spiega nel testo, dall'altro requisito costituito dall'estinguibilità del *property interest* che assorbe la maggior parte degli elementi della proprietà e della correlativa "elasticità" di quest'ultima (cfr. H. EICHLER, I, 48 s.).

<sup>124</sup> Tipico al riguardo è il caso dell'enfiteusi, che, come si è detto (n. 362), è sorta e ha avuto poi nuovi sviluppi in regime immobiliari non imperianti sulla proprietà. Inserita, col CC

francese e quelli che ne derivano, in un regime immobiliare avente al centro la proprietà, forse il problema se essa, che precedentemente era stata qualificata "dominium utile", fosse da considerarsi diritto reale su cosa non propria o invece autentica proprietà. A risolvere il problema in questo secondo senso incoraggiava l'esempio della dottrina anteriore riferita da Pothier, secondo cui la natura di autentica proprietà era da riconoscersi al *dominium utile* del vassallo e quella invece di semplice diritto reale su cosa non propria al *dominium directum* (o *domaine de superiorité*) del signore; e in realtà tale soluzione ebbe largo seguito nel secolo scorso (cfr. le sentenze francesi e belghe cit. da PICARD n° 1000 n. 3 e 5 (p. 986), n° 1001 n. 1 (p. 987) e gli aut. Italiani cit. da S. ORLANDO CASCIO, *Studi sull'Enfiteusi*, IV 4 *Trattato di dir. civ.* fondato da F. VASSALLI (Torino 1950), 158 ss., che menziona anche altre alternative). Più recentemente tuttavia è prevalsa la tesi che riconduce l'enfiteusi entro i confini di diritto reale su cosa non propria, in conseguenza sia di una diversa valutazione delle attribuzioni dell'enfiteuta raffrontate con quelle del concedente, sia di nuove norme, come quella contenuta nella legge francese 25/6/1902 (ora in code rural art. 957.1) che ha escluso la perpetuità dell'enfiteusi, fissandovi un limite di 99 anni, o come quelle di legge italiane (poi rufuse nel CC 1942), che hanno accresciuto i poteri e le pretese del concedente. Certo è, comunque, che attualmente sia in Francia sia in Italia l'enfiteusi è considerata un diritto reale su cosa non propria e che la proprietà dell'immobile è riconosciuta invece al conducente (cfr. code rural art. 937.1; PICARD, n. 1001; MARTY-RAYNAUD, II, 2, n° 175 (p. 193); L. CARIOTA-FERRARA, op. cit., 179 ss.; ORLANDO-CASCIO, 22 *Ann. Palermo* 121 ss. (1951); E. FAVARA, *Efinteusi*, 6 *N.mo Digesto Italiano* 545, (1964). Problemi analoghi possono porsi per il diritto di superficie (Erbbaurecht, opstal), che è inoltre, a differenza dell'enfiteusi, istituto attualmente vitale. Se sul suolo gravato dal diritto di superficie viene costruito o esiste già l'edificio superficario, le attribuzioni rimaste a chi era proprietario del suolo sono sufficienti a farlo considerare tuttora proprietario? La risposta è in massima affermativa; ma i particolari variano da sistema a sistema e, all'interno del singolo sistema, da giurista a giurista. In alcuni sistemi il superficario è ritenuto titolare della proprietà del suolo con o senza l'esclusione del concedente, e questo naturalmente semplifica o annulla il problema di cui si discute; in altri invece il superficario viene ritenuto rispetto al suolo titolare di un diritto reale su cosa non propria, e questo è appunto il presupposto del suddetto problema. Ed è ugualmente chiaro che la soluzione del problema nel senso del riconoscimento della proprietà del suolo al concedente (che è, tutto sommato, la più diffusa) risulta facilitata nei sistemi (come p. es. quello belga) in cui la superficie non può essere perpetua, ma è necessariamente temporanea. Sul tema si tornerà nella prossima sect. Ancora problemi dello stesso genere potrebbero porsi, in teoria, nei sistemi socialisti riguardo alle fabbriche, ai macchinari e agli altri mezzi di produzione di proprietà dello Stato, il cui uso e la cui gestione è affidata in perpetuo alle imprese, nonché riguardo alla terra, quando essa è di proprietà dello Stato (come accade sempre in URSS, talvolta spesso negli altri Paesi socialisti), e la sua coltivazione e il suo sfruttamento sono affidati, ugualmente in perpetuo, alle cooperative. Quali attribuzioni di tipo dominicale (non di tipo politico) rimangono allo Stato? Sono esse sufficienti perché si possa dire che lo Stato è ancora proprietario? La risposta probabilmente dovrebbe essere negativa, ma avrebbe un valore soltanto dottrinale (e forse eretico), poiché le costituzioni, i codici e le leggi vigenti in quei sistemi stabiliscono in modo esplicito che quei beni sono proprietà dello Stato. È difficile immaginare che formulazioni meramente scientifiche riescano a smentire e a rendere inoperanti simili precetti in sede amministrativa e davanti ai giudici. Le imprese

a cui l'altro *property interest* sia soggetto (fra le quali, in particolare, l'inerzia del titolare protratta per un certo tempo oppure l'inadempimento da parte sua di certi obblighi verso il proprietario) e a cui non sia soggetta invece la proprietà, la quale anzi, verificandosi una di tali cause rispetto all'altro *property interest*, automaticamente si riespanda fino al suo ambito normale (principio della cosiddetta "elasticità del dominio").

Quando i *property interests* in questione hanno contenuto generale, si esigerebbe in astratto che fra quelle cause estintive sia compresa la scadenza del termine finale, in quanto si presuppone che essi siano temporanei. Tuttavia negli odierni sistemi civilistici la contemporaneità non è sempre prevista<sup>125</sup>. E, d'altro canto, essa non è nemmeno sufficiente, dato che i sistemi civilistici (o almeno alcuni di essi) ammettono oggi una proprietà temporanea, la quale, pur soggetta a termine finale<sup>126</sup>, impedisce nondimeno per definizione, che altri nel frattempo abbia la proprietà attuale dell'immobile. La proprietà temporanea è, nella sostanza, una forma di proprietà, anziché un diritto reale su cosa altrui; e ciò appunto conferma come la temporaneità di un diritto reale non basti da sola a lasciare sopravvivere sul medesimo immobile una proprietà altrui e come invece occorra anche che esso non assorba tutti gli essenziali elementi della proprietà, ma ne lasci qualcuno al suo esterno, il quale sia reputato idoneo a formare provvisoriamente il contenuto di un'autentica proprietà spettante ad altri.

---

e le cooperative vengono dunque a risultare titolari di un particolare *property interest* di godimento su beni altrui. (*v. infra* par 7). Lo stesso problema può porsi e la stessa soluzione è verosimilmente da accogliersi, quando la terra appartiene a un soggetto privato, ma la sua utilizzazione è, in linea giuridica o di fatto, necessariamente riservata ad una cooperativa.

<sup>125</sup> Il giurista romano Gaio si era fondato sulla temporaneità per giudicare l'usufrutto compatibile con la proprietà altrui, questa divenendo altrimenti "inutile": D. 7.1.56 "*periculum enim videtur ne (usus fructus) perpetuus fieret, quia neque morte nec facile sapitis deminutione perituros est, qua ratione proprietas inutilis esset futura semper abscedente usufructu*". In un altro passo invece lo stesso giurista punta piuttosto all'estinguibilità che sulla temporaneità di tale diritto: D. 7.1.3.2 "*Ne tamen in universum inutiles essent proprietates semper abscedente usufructu, placuit certis modis extinguere usum fructum et ad proprietatem reverti*". Negli odierni sistemi giuridici, comunque, la temporaneità di un *property interest* non può valere come requisito assoluto della sua compatibilità con la proprietà altrui, poiché, anche scomparsi o divenuti privi di rilevanza pratica l'enfiteusi perpetua i diritti affini, esiste ed ha la pratica rilevanza la superficie, che di regola si ammette sia priva di termine finale.

<sup>126</sup> PICARD, n° 213 (p. 222 s.) che ricorda un conforme orientamento della Cassazione risalente alla fine del secolo scorso (Civ. 1° aprile 1884, D. 84, I, 345); MARTY-RAYNAUD, II, 2 n° 50; M. ALLARA, *La proprietà temporanea*, I, Il circolo giuridico, 69 ss. (1930); F. DE MARTINO, *Proprietà* in SCIALOJA-BRANCA, *Comment. Cod. civ.* III art. 832 (4); S. RODOTÀ, *Proprietà (Diritto vigente)*, 14 *Novissimo Dig.* I. 143 (1967)

IV. Da vari punti di vista si è osservato che la pienezza e l'assolutezza, le quali tradizionalmente sono considerate caratteristiche peculiari della proprietà, debbono in realtà essere intese con molte riserve. Ulteriori dubbi su di esse paiono sorgere sotto un altro profilo: quello della possibilità che il proprietario, senza o contro la sua volontà, sia privato del suo diritto per effetto di un atto, che renda un altro soggetto proprietario del bene. Può infatti accadere, non solo che l'attuale proprietario sia espropriato per atto della pubblica autorità in casi e per ragioni solitamente oggetto di norme costituzionali<sup>127</sup> ma soprattutto che un altro soggetto (in massima privato) diventi proprietario mediante uno dei modi d'acquisto, che sogliono chiamarsi originari in quanto operano all'infuori di qualsiasi rapporto col precedente proprietario.

Ma in realtà tale profilo o non è diverso da quelli prima prospettati (poiché l'espropriazione per atto di autorità rientra fra i limiti a cui si è accennato e che si esamineranno più avanti) e non riguarda la pienezza e l'assolutezza della proprietà nel senso in cui ad esse normalmente si pensa. Suole infatti distinguersi – ed è corretto distinguere – il contenuto della proprietà, ossia le facoltà, pretese, poteri, ecc. spettanti al proprietario, dai modi in cui la proprietà si acquista. E solo rispetto al primo, non quindi rispetto ai secondi è da ritenersi possa esattamente parlarsi di pienezza e assolutezza della proprietà. Ciò tuttavia non significa che modi d'acquisto siano irrilevanti per i caratteri della proprietà. Solo che la loro rilevanza è indiretta e non riguarda i caratteri prima indicati, ma quello della stabilità o instabilità. È evidente infatti che i modi d'acquisto derivativi, specie quando siano integrati da un preciso e efficiente sistema di pubblicità, armonizzano con una proprietà stabile, garantendola contro perdite o limitazioni involontarie. I modi d'acquisto originari, invece, rendono possibile la perdita o la limitazione involontaria della proprietà attuale.

Se infatti altri, senza mettersi a trovare in relazione col proprietario attuale, acquista la proprietà o un diritto reale sullo stesso bene, il proprietario attuale perde il suo diritto o subisce limitazioni rispetto ad esso. Modi d'acquisto di questo genere sono previsti anche in materia immobiliare, ma le norme ad essi relative forniscono al proprietario attuale difese adeguate, in quanto gli offrono la possibilità di impedire l'effettivo verificarsi dell'acquisto altrui, e quindi non diminuiscono in modo apprezzabile la stabilità della proprietà.

Molto diversa è la situazione nella materia mobiliare, poiché il proprietario di beni mobili non ha difese adeguate contro l'altrui acquisto

<sup>127</sup> CC francese art. 545; CC it. art. 834; Cost. it. art. 42; CC ted. art. 14.3.

originario e il suo diritto è quindi essenzialmente instabile. Si ha così un altro fattore di differenziazione tra materia mobiliare e immobiliare. Sul tema occorrerà dunque soffermarsi, quando si tratterà della proprietà dei beni mobili oltre che naturalmente nella parte relativa ai modi d'acquisto.

V. Le varie considerazioni che precedono sono derivate soprattutto dall'osservazione dei sistemi civilistici, in minore misura da quella dei sistemi misti e socialisti. Se si sposta l'attenzione su altri sistemi, non si notano sostanziali differenze riguardo ai temi oggetto di tali considerazioni. Può solo accadere che i limiti della proprietà, per le caratteristiche economico-sociali dei singoli Paesi a cui quei sistemi si riferiscono o per ragioni ideologiche, abbiano come si vedrà intensità o contenuto particolari, fermo comunque il problema sopra indicato circa la compatibilità dei limiti con l'appartenenza dell'immobile a un dato soggetto privato. Qui tuttavia qualche rilievo deve essere fatto riguardo ai sistemi islamici e a quanto rimane del diritto hindù.

Nei sistemi islamici gli immobili qualificabili come "terre di decima (aradi usriyyah)" sono oggetto di una proprietà ("milk") del tutto simile a quella che si è venuta descrivendo. E anzi la sua contrapposizione agli altri *property interests* di godimento a contenuto generale risulta in essi ancora meglio giustificata che in altri sistemi, poiché corrisponde alla distinzione tra sostanza del bene ("ayn" o raquabha") e suo godimento o sue utilità ("manfa'ah" o "manafi"). La proprietà piena abbraccia entrambi gli aspetti del bene, ma la sua essenza si concentra sull'"ayn" e "raqabah" e può persistere anche se il "manfa'ah" o "manafi" sono oggetto di un distinto *property interest*<sup>128</sup>.

A parte ciò, un'effettiva singolarità dei sistemi islamici si ravvisa nella possibilità che certi beni, in quanto i loro benefici siano destinati a uno scopo duraturo (anche se non perpetuo), diventino, una volta distaccatisi dal loro precedente proprietario (normale autore di tale vincolo), oggetto di una proprietà priva quasi di titolare o con un titolare ideale (come Allah).

Si tratta del già menzionato istituto del Waqf, il quale, mentre produce questa conseguenza circa la proprietà dei beni ed isola inoltre i beni stessi dal normale commercio giuridico, fa pervenire i loro benefici a determinati soggetti in relazione con lo scopo perseguito. Sembra quasi ne derivi una scissione della proprietà in una proprietà legale, spettante a un soggetto indeterminato o ideale, e una proprietà sostanziale o equitativa spettante ai soggetti destinatari dei benefici; e sembra sussista quindi un'analogia col

<sup>128</sup> J.N.D. ANDERSON, *Islamic Law*, in *Intern. Enc.* VI 2.5.196; D. SANTILLANA, *Istituzioni*, I, 443; J. SCHACHT, *Introduction*, 134.



trust dei sistemi di *common law*.

Ma in realtà è diversa, poiché, sebbene la funzione del waqf abbia non secondari punti di contatto con quella del trust, i mezzi giuridici con cui viene perseguita sono notevolmente diversi, sì da non attribuire ai soggetti destinatari dei benefici la proprietà (sostanziale o equitativa) dei beni, bensì un diverso *property interest*. Il diritto hindù limitato al godimento (“manfa’ah”) esso stesso difficile da definire<sup>129</sup> conosce e ammette la proprietà (svamitva) su immobili. Il suo esauriente contenuto trova efficace espressione in una formula a lungo usata negli atti traslativi<sup>130</sup>. La peculiarità che merita qui rilievo è la differenza tra la proprietà riconosciuta in generale e la “stridhanam” (bensì della donna) ossia la proprietà acquisita in date circostanze (soprattutto per successione a causa di morte) da una donna. Si tratta di una proprietà indisponibile e vitalizia simile per qualche aspetto all’usufrutto, ma non identificabile con esso, perché i relativi beni si considerano appartenenti alla donna, la quale è dunque proprietaria, sia pure con pretese, poteri immunità minori del normale proprietario. Alla morte della donna i beni sono destinati ad evolversi, senza successione, a dati soggetti (p.es. al marito), i quali, ricorrendo certe condizioni, hanno facoltà di servirsene pure in vita della donna<sup>131</sup>.

Questa specie di proprietà è stata soppressa nello Stato indiano per opera dell’Hindu Succession Act (1956), che ha sostanzialmente parificato la proprietà della donna maritata, da lei acquisita per successione, a quella degli altri soggetti o acquistata in diverse condizioni; essa tuttavia sopravvive nelle comunità di religione hindu insediate in territori, in cui le

<sup>129</sup> J.N.D. ANDERSON, *Intern. Enc.* VI.2.5.198; Id. *ivi*, VI.II.5.132 ss.; A. D’EMILIA, *Il waqf ahli* (Milano 1938) 781; J. SCHACHT, *Introduction* 251. Deve notarsi che in alcuni sistemi islamici il waqf è chiamato “hubus”.

<sup>130</sup> J.D.M. DERRETT, *Hindu Law*, in *Intern. Enc.* VI.2.6.202; *id.*, *The Development of Concept of Property in India*, 64 *Zvgl R. VARADARAYA, Vyavahara-nirnaya* (Adyar 1942) 342; v. anche RENOU *Notes sur la Brhaspatismarti*, 95 *Indo-Iran*, 81 ss. (1962). Tale formula elenca i diritti dell’acquirente di un immobile specificandone come segue l’oggetto o la specie: tesoro, beni non rivendicati da terzi, rocce, attuali fonti di reddito, loro ulteriori incrementi, acqua, facoltà attuali, facoltà conferite successivamente. Il fatto che il termine “svami” (=proprietario) sia usato per indicare anche il titolare di un’ipoteca sul fondo o chi ha preso in affitto il fondo stesso per coltivarlo non significa che il diritto hindu non distinguesse e non distingua i rispettivi diritti fra loro e rispetto a quello del vero proprietario (“mulasvami”): cfr. J.D.M. DERRETT, 64 *Z.vgh.R.W.* 93 ss.

<sup>131</sup> J.D.M. DERRETT, *Intern. Enc.* VI.2.5.201; Id. *Introduction*, 424 ss.; P.N. CHADHA, *Principles of Hindu Law*, 822 ss., 849 ss. Questi autori illustrano la riforma dell’Hindu Succession Act (1956), section 14.1 e le persistenti differenze tra uomo e donna in materia di proprietà e successione. Sul diritto anteriore, tuttora vigenti in comunità hindu fuori dell’India, MULLA, *Principles*, 158 ss., 188 ss.

leggi indiane (almeno quelle successive all'indipendenza) non sono entrate in vigore, come alcuni Stati africani (in particolare il Kenya), il Pakistan, il Bangladesh.

VI. La proprietà di un bene immobile, anziché a un singolo soggetto, può spettare a due o più soggetti. Si ha allora comproprietà, che non è semplice somma di due o più proprietà, poiché ciascun comproprietario finisce con l'averne un diritto più o meno limitato in confronto con la proprietà. Il fenomeno, d'altro canto, non riguarda la sola proprietà, bensì tutti i *property interests*, sia immobiliari, sia anche mobiliari.

Di esso ci si dovrà dunque occupare dopo che si saranno presi in esame i vari *property interests* in quanto spettanti a un singolo titolare.

### 7. *I property interests a contenuto generale diversi dalla proprietà nei regimi immobiliari fondati sulla proprietà*

#### a) *Nei sistemi civilistici.*

I. La natura di questi *property interests* è determinata dai caratteri dei regimi immobiliari, che hanno al loro centro la proprietà. Oggetto di tali *interests* è necessariamente un bene altrui; e il loro contenuto e la loro durata devono essere circoscritti in modo da risultare compatibili con la proprietà dell'altro soggetto. Ciò è stato già chiarito nei paragrafi precedenti dove si è peraltro notato come l'osservanza di questo requisito non sia sempre priva di problemi<sup>132</sup>. Nei sistemi civilistici i *property interests* a contenuto generale diversi dalla proprietà, essendo diritti reali, devono essere tipici; e il loro elenco, pur potendo mutare nel corso del tempo attraverso la normale evoluzione dei sistemi giuridici, è nel singolo momento storico un elenco chiuso (*numerus clausus* dei diritti reali). Questo elenco comprende: *l'usufrutto* (Niessbrauch, Nutzniessung, Fruchtneissung, vrutgebruik), ossia il diritto temporaneo (al massimo vitalizio) all'uso e ai frutti di un bene e di non mutarne la destinazione economica; *l'uso* (notiger Gebrauch), ossia il diritto non proprio, nonché a quelli tra i suoi frutti che servano ai bisogni personali del titolare e della sua famiglia; *l'abitazione* (Wohnung, Wohnrecht), ossia il diritto temporaneo (al massimo vitalizio) all'uso di una casa o di un appartamento come abitazione del titolare e della sua famiglia<sup>133</sup>; *l'enfiteusi* (Erbpacht, Erbpachtrecht, erfpacth) ossia il diritto

<sup>132</sup> Cfr. in specie nt. 124.

<sup>133</sup> Abitazione e uso sono considerati diritti affini all'usufrutto. I tre diritti furono

al godimento integrale di un bene immobile non proprio (rustico o anche urbano) per lungo tempo e addirittura in perpetuo, normalmente con l'obbligo di pagare un canone al proprietario-concedente e spesso con l'ulteriore obbligo di apportare miglioramenti all'immobile; *la superficie* (Erbbaurecht, Baurecht, opstal), ossia il diritto di costruire e mantenere la costruzione su suolo non proprio<sup>134</sup>. A questi diritti sono da aggiungere quelli che il proprietario o il concessionario di una miniera (con notevoli varietà determinate dalla varietà delle legislazioni minerarie nei diversi Paesi) ha sul suolo e sui minerali in esso giacenti e non ancora individuati (diritti compresi in Germania, Svizzera e Austria sotto, la generale denominazione di "Bergwerkseigentum")<sup>135</sup>, e inoltre i diritti spettanti a

---

congiuntamente qualificati da Giustiniano "servitutes personarum" (sottospecie le "servitutes preadiorum", sulle quali *infra* par.). Questa qualifica fu accettata e diffusa dai giuristi medievali e moderni, talchè anche codici attualmente vigenti (CC austriaco §§ 473, 478, 504; CC tedesco, rubrica della Sez. V del libro III, §§ 1099 ss.; CC svizzero, rubrica della Sez. 2 della Parte IV, tit. 21) se ne servono. Invece il CC francese e quelli che ne sono derivati, per timore di qualsiasi reminiscenza feudale, la evitano; ed è, dal punto di vista sostanziale, soluzione preferibile, poichè, sebbene quella qualifica unitaria trovi qualche giustificazione nel fatto che il bene di tutti quei diritti è posto in certo modo al servizio o di una persona o di un fondo, essa tuttavia sottovaluta le notevoli differenze che esistono tra l'usufrutto, l'uso e l'abitazione, da una parte, e le servitù prediali, dall'altra. È per esempio da segnalare, con riferimento alla classificazione dei *property interest* qui adottata, che l'usufrutto e in fondo anche l'uso e l'abitazione hanno contenuto generale, mentre le servitù prediali hanno chiaramente contenuto speciale.

<sup>134</sup> Non tutti i diritti fin qui enumerati sono effettivamente previsti o ammessi in tutti i sistemi civilistici. Solo il francese, l'italiano, lo spagnolo e alcuni fra quelli da essi derivati li prevedono o ammettono tutti, almeno formalmente. Gli altri riconoscono concordemente, anche se sotto diversi nomi, l'usufrutto e la superficie, mentre il CC svizzero riconosce anche l'abitazione. La sorte dell'enfiteusi è più incerta, non è più menzionata nel CC tedesco, né in quello svizzero e negli altri che ne sono derivati.

<sup>135</sup> Se il proprietario del suolo è anche proprietario dei giacimenti minerari ed è autorizzato a sfruttarli egli stesso, si rimane nell'ambito della proprietà, anche se questa, per essere soggetta a regole speciali a causa del suo oggetto, può considerarsi una proprietà particolare. Se invece il giacimento è una proprietà dello Stato o di altro ente pubblico e questo ne concede la ricerca e lo sfruttamento a un diverso soggetto (proprietario o no del suolo) oppure se il giacimento, pur appartenente al proprietario del suolo, è da questi (spontaneamente o in obbedienza a provvedimenti di organi pubblici) lasciato sfruttare a un diverso soggetto, costui diviene titolare di un diritto di godimento sul giacimento, al quale suole riconoscersi natura reale. Può pensarsi allora di fare rientrare questo diritto in uno dei tipi tradizionali (in Sud Africa p. es. si era pensato all'enfiteusi: cfr. A.F.S. MEASDORP, *The Institutes of South African Law* (8 ed. Capetown-Johannesburg 1960), 159. Ma è preferibile ritenere che venga così riconosciuto un nuovo diritto reale, avente sue particolari caratteristiche. Ad esso si aggiunge, se il titolare non è proprietario del suolo, un diritto su questo, simile alla superficie, e si aggiunge, comunque, il diritto su beni organizzati per lo

ciascun partecipante del condominio di un edificio, oltre che sul singolo appartamento assegnatogli (che è in massima un diritto di piena proprietà), sull'area, le strutture portanti gli impianti comuni, ecc.<sup>136</sup>. Altri diritti<sup>137</sup>, secondo un numero di autori, specie in Italia e Francia, sarebbero da aggiungere all'elenco precedente: quelli del conduttore, dell'affittuario e di altri soggetti autorizzati a servirsi di un immobile in virtù di un contratto. Ma la questione relativa alla natura di questi diritti, già presa in esame *retro*, al par. 2, è delicata e complessa: e, come si è ivi osservato, può dirsi che tali diritti si trovino ora in una fase di transizione, presentando bensì aspetti di realtà, ma insieme anche aspetti meramente obbligatori, sì da non poter oggi essere considerati diritti reali veri e propri e venire compresi tra i *property interests* di cui si sta trattando. Da essi conviene dunque prescindere in questo punto. Mentre i diritti relativi a miniere e a edifici in condominio, quando non siano puramente e semplicemente identificabili con la proprietà, hanno origini recenti e anche recentissime, i diritti del primo elenco derivano invece direttamente o indirettamente dall'antico diritto romano e sono poi stati elaborati dai giuristi e di giudici medievali e moderni, che hanno tenuto altresì conto di analoghi *property interests* di origine germanica, conglobandoli infine per lo più insieme coi primi<sup>138</sup>. I

---

sfruttamento del giacimento (in sostanza sull'azienda mineraria), che appartiene in massima alla categoria della proprietà, ma che, per la natura dell'oggetto, può considerarsi un diritto diverso da essa (v. *supra* sect. 18 n. 263).

<sup>136</sup> Nei Paesi germanici essi sono di solito raggruppati sotto la denominazione di *Wohnungseigentum*. Il tema sarà trattato più avanti nell'ambito della comproprietà (v. *infra*).

<sup>137</sup> Il vecchio CC olandese conosceva anche il *beklemming*, affine all'enfiteusi, ma il Nuovo CC lo abolisce (cfr. *Vastelling van Boek 5 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Zitting 1972, 77, 92 s.). Permane invece il *bewind* (cfr. *Nader gewijzigd Ontwerp van Wet*, Zitting 1976, 77, 3.6.1-2), il quale per altro non sembra possa considerarsi un distinto *property interest*, bensì piuttosto un modo di esercizio della proprietà o di altro diritto reale attraverso la persona di un fiduciario, sì da presentare affinità col trust di *common law* e da consigliare quindi il suo esame insieme con questo istituto. È da notare, in ogni modo, che il *bewind*, come del resto il trust, non si riferisce soltanto a immobili, ma a qualsiasi specie di beni, anche incorporeali, e in particolare a complessi di beni, come p.es. il patrimonio lasciato in eredità dal defunto (cfr. A.S. HARTKAMP, *Compendium*, 883 ss.).

<sup>138</sup> Tra i *property interest* di origine germanica rimanevano ancora autonomi nel 1900 in Germania solo il *Budnerrecht* e lo *Häuslerrecht*, che la legge introduttiva lasciò sopravvivere a livello locale e che la legge 20.2.1947 n. 45 della Commissione Alleata di Controllo ha abolito insieme con quanto restava dell'*Erbpachtrecht* (*infra* n. 373).

<sup>1</sup>In Olanda sopravviveva finora, come si è detto, il *beklemming*, che per altro il cit. Nuovo CC vuole sopprimere. In Svizzera la proprietà di piante separata dalla proprietà del terreno è stata abolita dal CC art. 678, ma i diritti esistenti nel 1907 furono lasciati sopravvivere secondo le norme dei singoli cantoni (Prescrizioni per l'applicazione e l'introduzione del

più antichi fra questi diritti, nell'ordine, l'usufrutto, l'uso, l'abitazione, che furono concepiti fin dall'inizio come diritti su cosa non propria e furono quindi delimitati, nella durata e nel contenuto, in modo tale da risultare sicuramente compatibili con l'altrui proprietà dell'immobile<sup>139</sup>. Era stato anche stabilito uno stretto legame tra tali diritti e la persona del titolare, con l'esclusione tra l'altro della loro trasferibilità e un nuovo titolare. Ma questo legale sopravvive attualmente solo per l'uso e l'abitazione, mentre è stato in gran parte abolito per l'usufrutto, pur rimanendo la morte del titolare originario il limite massimo di durata di questo diritto.

L'enfiteusi, a parte le sue antiche origini greche, entrò nel mondo romano più recentemente dei diritti appena menzionati<sup>140</sup> ed ebbe dapprima per oggetto terre imperiali, facendo quindi parte di un regime immobiliare non centrato sulla proprietà. Essa, pur nascendo formalmente

---

CC svizzero art. 20, modificate dalla legge 19.12.1968).

<sup>139</sup> Quanto al contenuto, la delimitazione è consentita, prima che nel divieto di modificare la destinazione economica del bene (come quello stabilito p. es. dal § 1036 CC tedesco e dall'art. 981 CC italiano), nell'esclusione della facoltà dell'usufruttuario di appropriarsi e consumare il bene stesso o sue parti costitutive. Questo è, a quanto sembra, lo specifico significato della riserva "*salva rerum substantia*" che si legge nella celebre definizione romana dell'usufrutto (Paul D.7.I.1.), anche se essa poté poi essere riferita pure al mutamento della destinazione economica (2 ed. Torino 1958), 33 s.; M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto* I. Napoli 1962), 183 n. 93; G. PUGLIESE, *Usufrutto* (Diritto romano), 20 *N.mo Digesto Italiano*, 319 (1975). Tuttavia a tale limite si è derogato e si deroga rispetto ad alcuni beni, permettendo p.es. l'estrazione di minerali da cave e miniere a titolo di frutti e l'uso identificativo di cose che con l'uso man mano si deteriorano fino alla distruzione o all'intera perdita del loro valore. Per altri beni invece, che non possono essere utilizzati una sola volta senza che li si distrugga, trasformi o alieni (beni consumabili come combustibili, materie prime, denaro) si è mutata la struttura dell'usufrutto, rendendo il titolare proprietario dei beni (autorizzato come tale a distruggerli, trasformarli o alienarli) e ponendo a suo carico l'obbligo di restituire al termine dell'usufrutto altrettanti beni della stessa specie o il loro valore in denaro (H. EICHLER, II, 2, 569 s.; G. PUGLIESE, *Usufrutto*, 653 ss, 660 ss). Per altri beni ancora (gregge, azienda) si è conferito all'usufruttuario, almeno in alcuni sistemi civilistici, un certo potere di disporre, in modo che egli possa, secondo criteri di buona gestione economica, deteriorare, distruggere, alienare certi elementi di tali complessi e debba man mano sostituire sia questi elementi, sia quelli comunque deterioratisi o periti con altri elementi altrettanto idonei ( G. PUGLIESE, *Usufrutto*, 667 s., 687 s: riserve contro più ampie forme di "Dispositionsniess brauch" in H. EICHLER, II, 2, 570 con gli art. cit. a n. 10, e in F. BAUR, § 32.1.3 a; II, I b:§ 54.1.2).

<sup>140</sup> Rimane classico in proposito lo studio di L. MITTEIS, *Zur Geschichte der Erbpacht*, 20 IV. Abhandlungen der sachs. Gesellschaft der Wissenschaft (1901); ma v. anche W. KAMPS, *L'emphytéose en droit grec et sa réception en droit romain*, Recueils de la Société Jean Bodin, (*La tenure*) 105 ss. (Bruxelles 1938) ; E. LEVY, *West Rom. Vulgar Law-The Law of Property* (Philadelphia 1951), 43 ss., 63 ss; M. KASER, *Das Rom. Privatrecht*, II (2 ed., Munchen 1976), 308 ss.

da un atto di concessione considerato un contratto di locazione, ebbe senz'altro natura di diritto reale; ma il suo contenuto, non esistendo problemi di compatibilità con la proprietà altrui, risultò amplissimo e assai simile a quello della proprietà; limitata invece sembra fosse la sua durata.

Fusasi però con un altro diritto relativo al godimento delle terre imperiali (o pubbliche in genere), il *ius perpetuum*, essa perdette anche il limite di durata, potendo venire costituita tanto a tempo che in perpetuo, mentre a suo oggetto poterono venire a essere anche terre private, nonché edifici (pubblici o privati). Queste caratteristiche essa conservò o riacquistò attraverso varie vicende<sup>141</sup> fino alle codificazioni dell'Ottocento, quando si trovò inserita in un regime immobiliare centrato sulla proprietà. Si pose allora il dilemma se considerarla essa stessa proprietà, sviluppando e perfezionando l'indirizzo del diritto intermedio che la includeva tra le specie di dominio utile, ma rendendo incerta la qualifica del concedente<sup>142</sup>, oppure declassarla a diritto su cosa non propria, attribuendo al concedente la posizione di proprietario. Questa seconda soluzione ha finito col prevalere;

<sup>141</sup> Nel diritto giustiniano, il cui regime immobiliare era, conformemente al modello classico, centrato sulla proprietà, l'enfiteusi venne modificata in modo da renderla in qualche modo compatibile con la proprietà altrui (che in quest'epoca non era più soltanto dell'imperatore, ma anche dei privati). Per l'evoluzione successiva basta ricordare l'inquadramento dell'enfiteusi nel regime feudale, la sua qualifica come "*dominium utile*" nell'ambito della divisione (germanica, prima che feudale) del "*dominium*", i suoi rapporti con analoghi diritti di origine germanica (come p. es. l'*Erbleihe*), l'incidenza su di essa dello sgretolarsi del regime feudale e della sua formale soppressione con la rivoluzione francese del '89. In Austria, per altro, dove gli effetti di questa rivoluzione per il momento non si erano fatti sentire, il CC del 1811 § 359 (modificato poi con leggi del 1862, 1868 e 1869) pose ancora l'enfiteusi (*Erbpacht*) accanto al diritto del feudatario (*Lebensrecht*) intendendo entrambi come forme di *Nutzungeigentum* (dominio utile).

<sup>142</sup> Secondo lo schema a cui prima della rivoluzione si era ispirato J. POTHIER; *Traité* cit. in *Oeuvres*, I, 143, L'equiparazione dell'enfiteusi, in quanto dominio utile, e un'autentica proprietà, (POTHIER, op. cit. 195, riconosce all'enfiteuta l'azione di rivendicazione) avrebbe comportato il riconoscimento al concedente (titolare del *dominium directum*) di un diritto reale analogo al "*domaine de superiorité*" del signore feudale. Resa questa soluzione impossibile nei sistemi influenzati dalla rivoluzione, diveniva difficile conservare a quel diritto la natura reale, poiché esso sarebbe consistito essenzialmente nella pretesa del concedente al pagamento del canone e ad analoghe prestazioni positive (come il diritto venuto a spettare nelle città tedesche medievali ai proprietari di aree concesse a costruttori dietro periodici corrispettivi in denaro: H. EICHLER, II, 2, 514), urtando così contro l'avversione dei sistemi più legati alla tradizione romanistica ad ammettere diritti reali *in faciendo* (v. *infra* a proposito degli oneri reali). D'altro canto, declassare il concedente a puro e semplice creditore poteva parere soluzione eccessiva e inaccettabile. Ciò nonostante, l'opinione che l'enfiteuta fosse un vero proprietario ebbe largo seguito nell'Ottocento e lasciò tracce anche nell'attuale secolo, pur venendo in definitiva accantonata (*supra* n. 356).

e ciò ha comportato la sottoposizione dell'enfiteusi alle cause di estinzione caratteristica di quei diritti e non applicabili alla proprietà, il rafforzamento o l'istituzione di diritti del concedente e di obblighi dell'enfiteuta (come p. es. in alcuni sistemi dell'obbligo di migliorare il fondo), talora la soppressione della perpetuità<sup>143</sup> o almeno la tendenza ad evitarla. Ma l'effettivo problema dell'enfiteusi non è tanto quello, essenzialmente teorico, di accertare se o a quali condizioni essa sia compatibile con la proprietà quanto l'altro, essenzialmente pratico, di congegnare per essa una disciplina che, ammessa l'altrui proprietà dell'immobile e tenuto conto delle odierne esigenze economico-sociali, la renda un istituto ancora vitale. L'enfiteusi, infatti oltre che originariamente inserita in un regime immobiliare che (a differenza di quelli degli attuali sistemi civilistici) non era centrato sulla proprietà, si sviluppò con riguardo a tipi di fondi, ad assetti sociali, a sistemi economici notevolmente diversi da quelli oggi prevalenti negli ordinamenti civilistici. Il problema appare già risolto in senso negativo in alcuni Paesi, dove invero l'enfiteusi è stata ufficialmente soppressa o è in sostanza scomparsa<sup>144</sup>; rimane invece aperto in altri, in cui l'enfiteusi ancora è contemplata dai codici o dalle leggi, ma scarsamente conosciuta dalla vita pratica. La riduzione a diritto necessariamente temporaneo forse è uno dei modi per renderla più accettata alla pratica. La superficie infine è attualmente il diritto di erigere e mantenere una propria costruzione sul suolo, nel sottosuolo o su una costruzione (o piano di costruzione)

<sup>143</sup> In Francia la svolta si ebbe con l'importante legge del 1902, rifiuta ora nel cod. rural art. 937. In altri sistemi rimase possibile la perpetuità, nonostante la tendenza a ostacolarla in pratica. Il Nuovo CC olandese, senza espressamente escludere la perpetuità dell'*erfpacht*, presuppone però come normale la sua temporaneità, prevedendo sia che l'atto costitutivo stabilisca la durata del diritto, sia che il proprietario, salvo contraria disposizione dell'atto costitutivo, possa estinguere il diritto dopo venticinque anni dalla sua costituzione.

<sup>144</sup> Il CC tedesco non menziona l'*Erbpachtrecht*; esso tuttavia poteva ancora sussistere in virtù della legge introduttiva di quel codice il cui § 63 aveva disposto il permanere in vigore delle norme dei diritti locali relative ai diritti di quel tipo (oltre l'*Erbpachtrecht*, i già menzionati *BUDNER* e *HÄUSLERRECHT*; per l'elenco dei Länder in cui norme del genere esistevano v. *ENNECERUS – WOLFF – RAISER*, III § 104., XII n. 45); ma questi diritti sono stati definitivamente aboliti dopo la Seconda Guerra Mondiale con la cit. legge 20.2.1947 n. 45 della Commissione Alleata di Controllo (art. 121, sez. 2), che convertì i loro titolari in proprietari. Il CC svizzero non menziona ugualmente l'enfiteusi né altri diritti affini; e non ha nemmeno previsto una loro transitoria sopravvivenza. Per contro il CC austriaco risentiva ancora, come si è detto, delle concezioni feudali, in quanto qualificava l'*Erbpacht* come "Nutzungs Eigentum" e riconosceva al concedente l'"*Oberigentum*" o proprietà superiore (§ 359, 1122, 1131). Ma la subordinazione a questa dell'*Erbpacht* è stata soppressa fin dal 1848 con una disposizione ribadita poi costituzionalmente nello *Staatsgrundgesetz* del 1867 art. 7.

altrui. In questa forma essa è una *property interest* piuttosto recente, poiché il principio tradizionale di origine romana, rimasto dominante presso a poco fino alle codificazioni e in certi sistemi anche oltre stabiliva la necessaria appartenenza della costruzione al proprietario del suolo. Su questa altri non poteva avere altri se non un diritto di uso e di godimento connesso con un analogo diritto sul suolo. Ammessa invece la possibilità che il suolo appartenga a un soggetto, la costruzione su di esso o sotto di esso a un altro soggetto e inoltre che uno o più piani di una costruzione appartengano a un soggetto un altro o più altri piani a un altro soggetto, la superficie è finita col divenire un diritto che grava esclusivamente sul suolo o sulla costruzione o piano di costruzione altrui che permette al titolare di erigervi e mantenervi una propria costruzione<sup>145</sup>. Così configurata, essa

<sup>145</sup> Il CC francese e in massima quelli da esso derivati non configuravano espressamente un diritto di questo genere, ma tutto al più ammetteva la separazione della proprietà in senso orizzontale (v. in specie CC francese art. 553, 664 sostituito dalla legge 28-6-38 in tema di controllo di edifici su cui *infra*): CC italiano 1865, art. 448; diversamente CC spagnolo art. 359 che non ammette nemmeno tale separazione, nonché p.es. CC argentino art. 2614, che espressamente vieta la superficie). Ciò tuttora impedisce in Francia di delineare un diritto di superficie autonomo dalla proprietà, poiché quello che ivi è cimato “*droit de superficie*” è concepito come proprietà della costruzione (o anche della piantagione) e insieme come proprietà dello strato superficiale del suolo (cfr. PICARD, n. 331-32, p. 322 s.; MARTY RAYNAUD, n. 178, p. 195). In Italia si era invece cercato di giustificare l'esistenza di un diritto sul suolo come diritto reale su cosa non propria già prima che il CC 1942 art. 952 lo riconoscesse (per la storia della dottrina in proposito cfr. G. PUGLIESE, *Della superficie*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Libro III art. 810-956 (I ed.; Bologna-Roma 1964) 426 ss). Nel Belgio, allora unito all'Olanda, la legge 16.1.1824 si era d'altra parte discostata dal modello francese, riconoscendo e disciplinando espressamente la superficie; e questo orientamento era stato seguito dal separato CC olandese del 1933, il cui art. 758 disciplinava appunto la superficie (*opstal*) come diritto reale a se stante. Questo diritto è ora più ampiamente disciplinato nei suoi aspetti e nel suo esercizio dal Nuovo CC olandese. A sua volta il CC austriaco §§ 359, 1125 aveva utilizzato la distinzione tra dominio diretto (*Obereigentum*) e dominio utile (*Nutzungseigentum*) per ammettere la possibilità che un soggetto avesse il godimento ereditario dello strato superficiale del suolo (dominio utile), un altro il diritto sul suolo e nel suo insieme, compresi gli strati sottostanti (dominio diretto), più la pretesa al pagamento di un canone (*Bodenzins*); ma successivamente la legge del 20-4-1912 ha dato una diversa configurazione ai rapporti fra i due soggetti, attribuendo al primo il diritto di costruire e di tenere la costruzione sul suolo, all'altro la proprietà limitata da questo diritto. Il CC tedesco §§ 1012 ss aveva già riconosciuto l'autonomo diritto alienabile e trasmissibile agli eredi di avere una costruzione sopra o sotto la superficie del suolo (*Erbbaurecht*), pur escludendo che esso potesse riguardare solo una parte o a un piano della costruzione; l'ordinanza del 1919, sostituendo a quella del codice una nuova e più dettagliata disciplina, ha confermato e rafforzato le linee di quel diritto e ha reso possibile lo sviluppo compiuto poi con la legge sulla proprietà di appartamenti del 18.3.1951, secondo cui, in caso di più titolari dell'*Erbbaurecht*, questi possono convenire che ciascuno abbia la



risponde a esigenze attuali e ha una considerevole diffusione. Ad essa si riconnette, del resto, il condominio degli edifici (*Wohnungseigentum*, *appartementsrechten*), che è un modo oggi molto praticato di dividere un edificio in piani o appartamenti di diversi proprietari e che deriva ugualmente dal nuovo principio della divisibilità degli immobili in senso orizzontale, mentre può anche esso determinare rapporti fra proprietari di piani l'uno sovrapposto all'altro<sup>146</sup>.

Quanto alla compatibilità con l'altrui proprietà del suolo, bisogna tenere presente che la superficie, oltre a tempo può in alcuni sistemi essere costituita anche in perpetuo e che in quest'ultimo caso, una volta eretta la costruzione del suolo, il proprietario di questo non ha possibilità attuali, né apprezzabili prospettive future, di una qualsiasi utilizzazione del suo strato superficiale. Questa può essere forse adottata come ragione si fondo (sottostante a particolari motivazioni tecniche) al fine di meglio capire perché in alcuni sistemi civilistici<sup>147</sup> il diritto spettante al superficiario su suolo sia concepito come proprietà del suo strato superficiale. Se tuttavia si pensa che la proprietà del suolo non è limitata a questo strato, ma si estende in profondità nel sottosuolo (sia pure spesso con esclusione dei giacimenti minerali), appare legittimi concepire il diritto del superficiario del suolo come diritto su cosa non propria, riconoscendosi appunto ad altri la proprietà del suolo nel suo insieme in quanto per lui ancora complessivamente utile. E analogo discorso deve, a maggior ragione, farsi nel caso di superficie relativa ad una costruzione nel sottosuolo, poiché ancora il suolo nell'insieme rimane utile al proprietario, potendo egli allora

---

proprietà di un singolo appartamento dell'edificio superficiario (*Wohnungseigentumgesetz* § 30.1.). Il CC svizzero conteneva una sola norma sulla superficie (*Baurecht*), definita come una servitù (*Dienstbarkeit*) gravante sul fondo per permettere a un soggetto diverso dal proprietario di erigere e mantenere una costruzione sopra o sotto il suolo; la legge del 19.3.1965 ha aggiunto nuove norme per risolvere vari problemi particolari, senza però modificare la sostanza del diritto. È da notarsi che questo è chiamato "servitù", non nel senso di servitù feudale (quale potrebbe immaginarsi sussistere tra costruzione e suolo), ma nel certo senso asservisce la proprietà del suolo a favore del superficiario (servitù personale). Il CC italiano del 1942 art. 952 ss., colmando la lacuna di quello del 1865, ha riconosciuto la superficie come autonomo diritto di costruire e mantenere la costruzione sopra o sotto il suolo (o, come si ammette in via d'interpretazione, anche sopra o sotto un edificio) altrui. Infine il Nuovo CC olandese, nel quale la disciplina è molto più articolata che nel vigente CC, ribadisce che il diritto si riferisce non solo a edifici e opere, ma anche a piantagioni (a differenza p. es. del CC italiano art. 956, che espressamente la esclude); esso inoltre precisa che edifici, opere e piantagioni possono trovarsi dentro, sopra o sotto un immobile altrui (che, a sua volta, può essere anche un edificio o parte o piano di esso)

<sup>146</sup> Come già detto, di questo tema si tratterà in materia di comunione.

<sup>147</sup> Come p.es. in quello francese e, pur con l'impiego di diversi concetti, in quello austriaco.

servirsi dello strato superficiale e del soprassuolo.

b) *Nei sistemi misti*

Nei sistemi misti, il cui regime immobiliare è per lo più (come quello dei sistemi civilistici) imperiato sulla proprietà, si potrebbero teoricamente incontrare gli stessi *property interests* a contenuto generale su cosa non propria che si sono sopra indicati. In realtà uno solo fra tali *property interests* sicuramente esiste in questi sistemi, ed è l'usufrutto<sup>148</sup>.

I diritti affini all'usufrutto, ossia l'uso e l'abitazione, sono riconosciuti come figure autonome in Louisiana, nel Quebec, a Porto Rico, nel Sud Africa<sup>149</sup>. L'enfiteusi è ufficialmente riconosciuta nel Quebec, a Porto Rico e in una certa misura in Louisiana<sup>150</sup>, ma non sembra conservare in questi

<sup>148</sup> CC Louisiana art. 523 ss.; CC Quebec art. 443 ss.; Porto Rico art. 396 ss.; Filippine art. 562 ss. Per il Sud Africa cfr. A.F.S. MASSDORP, *Institutes*, II, 180 ss.; H.R. HAHLO-E. KANN, *The Union of South Africa* (London-Cape Town 1960), 610 ss. È dubbio se Sri Lanka possa tuttora considerarsi un Paese a sistema misto nel senso che questa espressione ha nel diritto comparato, poiché anche in passato il diritto sinhalese aveva conservato importanza (e a maggior ragione ne ha dopo la raggiunta indipendenza), mentre gravi difficoltà vi si incontravano nella pratica a conoscere effettivamente e quindi ad applicare il diritto romano-olandese (e a maggior ragione se ne incontrano ora). V. comunque, sul tema, per il periodo del dominio britannico, K. BALARINGHAM, *The Laws of Ceylon*, III, I, (Colombo 1937), n. 73-75, p. 39; n. 77, p. 40 ss.; per il periodo attuale, T.B. SMITH, *Intern. Enc.* VI 2.251, 259

<sup>149</sup> CC Louisiana art. 624, 627; CC Quebec art. 487; CC Porto Rico art. 451; A.F.S. MASSDORP, *Institutes*, II, 170 ss.; H.R. HAHLO-E. KAHN, *The Union*, 612. V anche per la Louisiana, A.N. YIANNPOULUS, *Personal Servitudes*, 3 *Louisiana Civil Law Teatrise* (St. Paul, Minn. 1968), §§ 117 ss., 120 ss., per la provincia di Quebec, J.K. CASTEL, *The Civil Law System of the Province of Quebec*, J.K. CASTEL, *The Civil Law System of the Province of Quebec*, (Toronto, 1962), 90 s.; per Porto Rico, M. RODRIGUEZ RAMON, *Casos y notas de derechos reales* (Rio Piedras 1963, 202 ss.

<sup>150</sup> CC Quebec art. 567 ss. (su cui J.K. CASTEL, *op. cit.* 91, che sottolinea l'esistenza di un limite di durata di 99 anni); CC Porto Rico art. 1469, 1522 ss. (su cui M. RODRIGUEZ RAMON, *op. cit.* 398 ss. Il CC Louisiana art. 2779-91 (secondo la revisione del 1825) riconosce il "rent of land" che, se perpetuo, crea una *property interest* ritenuto (A.N. YIANNPOULOS, *Civil Law of Property*, § 94 p. 274) corrispondente all'enfiteusi. In Sud Africa il diritto romano-olandese che vi si applicava conosceva diritti analoghi all'enfiteusi (erfpacht, cijnrecht), che, pur di origine germanica, erano stati più o meno influenzati dal diritto romano e, d'altro canto, erano divenuti autentiche proprietà con corrispondente riduzione del concedente a titolare del diritto del canone, considerato ancora tuttavia un diritto reale (cfr. R.W. LEE, *An Introduction to Roman-Dutch Law* (5 ed. Oxford 1953), 151 ss.; G. WILLE, *Principles of South African Law* (5 ed. Cape Town-Wynberg-Johannesburg 1963), 210 s.) Ma in realtà questo istituto non trova più pratica applicazione. Sopravvive invece un istituto analogo con riguardo a terre concesse in godimento dallo Stato

sistemi una particolare importanza economico-sociale.

La superficie trova indiretto riconoscimento in Louisiana e nel Quebec<sup>151</sup>, mentre è per lo più o meno nettamente esclusa da altri sistemi<sup>152</sup>. Quanto ai diritti del conduttore, dell'affittuario e simili, bisogna notare che in parecchi di questi sistemi, anche per l'influenza dei principi relativi al *lease* dall'inglese *common law*, il conduttore e l'affittuario a lungo termine tendono a essere considerati i titolari di un *property interest*<sup>153</sup>. Occorre infine menzionare il diritto di ricerca e sfruttamento di giacimenti minerari conferito (con concessione pubblica o contratto privato) a soggetto diverso dal proprietario di giacimenti stessi e/o dal proprietario del suolo. Questo diritto è stato avvicinato all'enfiteusi e alle servitù<sup>154</sup>, ma è preferibile l'opinione, valida anche nei sistemi civilistici puri, che si tratti di un diritto reale *sui generis*.

Un discorso particolare deve farsi per la Scozia, il cui regime immobiliare è meno centrato sulla proprietà che non quello degli altri sistemi civilistici. Per questo il *property interest* vitalizio, il *Liferent*, corrisponde più al *life interest* (o estate for life) dei sistemi di *common law* che non all'usufrutto

(quitrent tenure). Esso deriva dal Proclamation Act 6-8-1813 e ha probabilmente come modello le tenures del regime immobiliare inglese, ma è stato poi trasformato anch'esso in proprietà (con o senza diritti sui giacimenti minerari trovatisi nel sottosuolo), mentre corrispondentemente il diritto dello Stato si è ridotto al credito del canone, sia pure minimo di efficacia reale (A.F.S. MASSDORP, *Institutes* II, 159; G. WILLE, *Principles*, 210). Un diritto simile all'enfiteusi è invece secondo A.F.S. MASSDORP, *Institutes*, II, 159 s. quello del concessionario di una miniera. Bisogna poi notare che in Sud Africa risultati analoghi a quelli dell'enfiteusi possono raggiungersi col *lease* a lungo termine, che, se debitamente registrato, produce, come nella *common law* inglese, effetti reali; R.W. LEE, *Introduction*, 154; H.R. HAHLO-E. KANN, *The Union*, 687 s.; G. WILLE, *Principles*, 211.

<sup>151</sup> In questi codici c'è infatti una norma uguale a quella dell'art. 553 CC francese che rende possibile la proprietà separata in senso orizzontale. Sul tema A.N. YIANNPOULOS, *Civil Law of Property*, 93 p. 298 ss.; G. CARDINAL, *Le droit de superficie*, 60 Rev. cit. 540 (1959).

<sup>152</sup> Il CC Porto Rico art. 294-95 e il CC Filippine art. 445-46 riproducono il tenore degli art. 358-59 CC spagnolo, che esclude la proprietà separata in senso orizzontale, e quindi non lasciano spazio al diritto di superficie. Tuttavia l'art. 448 CC filippine prevede che il costruttore in buona fede su terreno altrui possa in date circostanze avere il godimento della costruzione senza essere costretto a comprare il terreno, ma pagando un ragionevole canone.

<sup>153</sup> Oltre che in Sud Africa (su cui *supra* n. 389), questo è stato affermato anche in Louisiana (A.N. YIANNPOULOS, *Rigts in Louisiana* cit. 189 ss., ma v. ID., *Civil Law of Property*, I *Louisiana Praticce* (St. Paul Minn 1969), 277 ss.) e sembra vero che nelle Filippine (CC art. 1648). In generale cfr. T.B. SMITH, *Int. Enc.*, VI.2.7.259.

<sup>154</sup> Per l'avvicinamento all'enfiteusi v. *supra* nt. ; per quello alle servitù A.N. YIANNPOULOS, *Civil Law of Property*, 285 ss. La specialità del diritto è sottolineata da T.B. SMITH, *Intern. Enc.* VI.2.7.260, il quale tuttavia intitola la relativa sect. "Quasi-servitudes"

civilistico<sup>155</sup>. E, d'altro canto, il diritto di quello speciale conduttore o affittuario che è il *leasee* ha ivi indubbi caratteri di realtà e viene incluso senza discussione fra i *property interests*, analogamente che nei sistemi di *common law*<sup>156</sup>. Altri *property interests* a contenuto generale non risultano conosciuti in Scozia se non riguardo a giacimenti minerari<sup>157</sup>.

c) *Nei sistemi socialisti*

I sistemi socialisti non offrono molto spazio a *property interests* a contenuto generale, poiché sia la proprietà sia il godimento degli immobili sono, come sappiamo, prevalentemente riservati allo Stato, alle cooperative, alle imprese pubbliche e alle organizzazioni sociali. È vero che molti fra i sistemi socialisti sono succeduti a sistemi di tipo civilistico<sup>158</sup>, che conoscevano *property interests* uguali o simili a quelli esaminati nella sect. 21. Ma il nuovo assetto dato a quelle società ha messo in crisi, insieme con la proprietà privata, anche quegli *interests*. Il problema della loro sopravvivenza più o meno complessa può invero porsi solo nell'ambito

<sup>155</sup> D.M. WALKER, *Principles of Scottish Law II*, 1318 ss.; T.B. SMITH, *Intern. Enc. VI.2.7.259*, che cita DOBIE, *Manual of the Law of Liferent and Feu in Scotland*, Edimburg 1941) I., ma, d'altra parte, riferisce che attualmente in Scozia molto più frequente del vero e proprio *liferent* è il *trust* o il *beneficiary liferent*, il cui titolare ha un semplice diritto di credito (come nei sistemi civilistici il titolare di una rendita vitalizia).

<sup>156</sup> D.M. WALKER, *Principles*, 1394 ss., il quale mette in evidenza la svolta verso la realtà determinata dal *Leases Act* del 1449.

<sup>157</sup> Esclusa l'enfeuteusi, surrogata in parte dal *lease* a lungo termine, esclusa anche la superficie come autonomo diritto suo suolo, sono invece da menzionare certi particolari diritti di uso, come i *rights of golfing, of fishing, of curling and skating*; senonchè non solo non si tratta, come è evidente, di diritti a contenuto generale, ma nemmeno, a quanto si ritiene (D.M. WALKER, *Principles*, 1377) di veri diritti reali e quindi di *property interests*.

<sup>158</sup> Questo vale soprattutto per i Paesi socialisti europei e per Cuba. Ma anche nei Paesi socialisti asiatici si era avuta un'influenza civilistica piuttosto ampia, specie in Cina e in Vietnam: cfr. K. BUNGER, *Die Rezeption des europäischen Rechts in China*, in *Deutsche Ladesreferate zum. III. Kongress für Rechtsvergleichung* in London 1950 (Berlin-Tübingen 1950), 168 ss.; VU VAN MAU, *Quelques aspects techniques de la réception des droits occidentaux* estr. da *Rev. Juridique et économique de la Faculté de Droit de Saïgon*, 1963. In questi ultimi Paesi, nondimeno, il problema relativo a possibili sopravvivenze civilistiche nel campo dei *property interests* si presenta sotto una luce particolare, poiché, da un lato, la tradizione giuridica locale, con cui gli istituti civilistici si sono necessariamente combinati, era molto divergente da questi e, dall'altro lato, l'instaurazione della proprietà sociale o socialista si è attuata in essi in modalità e ritmi diversi che in Paesi socialisti europei, tanto da lasciare sopravvivere più a lungo una parte della proprietà capitalista della borghesia locale (v. V. KNAPP, *Intern. Enc. VI, 2, 3, 71*). Questa, comunque, è stata ormai spazzata via tanto in Mongolia e nella Corea del Nord (su cui V. KNAPP, loc. cit.) quanto al Vietnam e in Cina (cfr. la Cost. cinese del 1975, art. 5-7).

della proprietà personale o di quanto, provvisoriamente, rimane della proprietà privata, non essendo concepibile che quegli *interests* spettino, come tali allo Stato o ad altri fra gli enti indicati, né che sussistano, come tali a favore dei privati sui beni oggetto della proprietà sociale o socialista. È un secondo problema che si dovrà esaminare più innanzi.

La sopravvivenza di *property interests* di antica impronta civilistica si è verificata soprattutto in Polonia e Ungheria<sup>159</sup>. Il CC polacco del 1964 art. 264 ss. prevede invero e regola espressamente l'usufrutto conservandogli in parte le caratteristiche civilistiche, come l'applicabilità a qualsiasi specie di bene e la soggezione all'estinzione per non uso in capo a dieci anni, ravvivando per un'altra parte il suo legame (un po' allentatosi nei moderni sistemi civilistici) con la persona del titolare, talché ne stabilisce l'inalienabilità<sup>160</sup>. Il CC. ungherese del 1959 riconosce e disciplina sia l'usufrutto sia l'uso (art. 155 ss. 162), di cui sembra presupporre una certa vitalità ugualmente la legge bulgara sulla proprietà del 1951 riconosce e disciplina l'usufrutto (art. 51-62), di cui ammette l'applicabilità agli immobili (cfr. art. 60). Anche a Cuba, il vecchio CC (corrispondente al CC spagnolo del 1889) tuttora formalmente in vigore, prevede e regola l'usufrutto, l'uso, nonché l'abitazione (art. 467-529). Ma le leggi sulla Riforma Agraria e sulla Riforma Urbana hanno reso queste norme inapplicabili agli immobili<sup>161</sup>. Tuttavia proprio quelle leggi (direttamente o indirettamente) hanno dato origine a un nuovo tipo di usufrutto: l'usufrutto legale con cui lo Stato (dietro pagamento o gratuitamente) permette il godimento vitalizio di edifici a uso di abitazione a varie categorie di soggetti<sup>162</sup>.

Negli altri sistemi socialisti l'usufrutto, l'uso, l'abitazione non sono espressamente menzionati dalle norme positive. Senonché il CC cecoslovacco del 1964 che tace sull'usufrutto, ammette incidentalmente

<sup>159</sup> In Polonia ciò è probabilmente in relazione con la sopravvivenza di una proprietà e di una gestione agricola individuali di apprezzabili dimensioni (cfr. L.B. KOZIEBRODSKI, *Polish Agrarian Law*, in D. LASOK, *Polish Civil Law*, I (Leiden 1973), 144 ss.). In Ungheria le ragioni socio-economiche appaiono meno evidenti. Certo è che alla diffusione pratica dell'usufrutto in Ungheria contribuiscono gli art. 615-616 del CC, che attribuiscono l'usufrutto del patrimonio di un defunto al coniuge superstite.

<sup>160</sup> Si ha, sotto questo aspetto, una specie di ritorno al diritto romano, nel quale l'usufrutto è sempre rimasto inalienabile. Scarso rilievo a questo aspetto della normativa polacca è dato da A.W. RUDZINSKI, *A Comparative Study of Polish Property Law*, in D. LASOK, *Polish Civil Law*, I, 101, ss.

<sup>161</sup> Lo illustra in una nota agli art. 467 e 523 nell'edizione 1975 di quel Codice redatta a cura del Ministero della Giustizia.

<sup>162</sup> Per quei dettagli cfr. la cit. nota all'art. 467, punti 2-6.

quelli che esso chiama “oneri reali” (art. 493); e poiché il CC precedente del 1950, sotto la rubrica “Oneri reali” (cap. IX) regolava anche l’usufrutto e l’uso può supporre che questi diritti, pur decaduti in pratica e comunque ritenuti non più meritevoli di espressa disciplina, siano ancora tacitamente ammessi in quanto “oneri reali”<sup>163</sup>. Un ragionamento analogo vale per il CC della RSFSR del 1964, il quale non regola in modo particolare i diritti altrui<sup>164</sup> sulla cosa venduta, menziona a titolo di esempio fra questi diritti quello di uso vitalizio.

Anche il recente CC della DDR (1975) presuppone l’esistenza di diritti reali di godimento su immobili, sia quando avverte al par. 295 che nulla è innovato alla disciplina contenuta in disposizioni generali sull’esercizio delle proprietà e dei diritti di godimento (Nutzungsrechte), sia quando stabilisce al par. 297 che col passaggio di proprietà si trasferiscono i doveri derivanti da diritti altrui iscritti nel libro fondiario. Fra quei diritti di godimento e fra questi diritti iscritti nel libro fondiario possono senza dubbio essere compresi diritti a contenuto generali simili all’usufrutto e all’uso.

Devono inoltre essere richiamate le norme che genericamente ammettono l’attribuzione da parte del proprietario ad altri del possesso e del godimento di un bene e quindi anche di un immobile. Il potere di disporre, che è riconosciuto al proprietario dall’art. 19 dei Principi della legislazione civile dell’URSS e da analoghe forme dei vari codici, salvi i limiti derivanti dai caratteri della proprietà personale e da norme particolari, comprende sia quello di trasferire la proprietà, sia quello di lasciare godere la cosa ad altri conservandone la proprietà. Appare dunque teoricamente possibile, a parte le norme che contengono riconoscimenti specifici, la costituzione da parte del proprietario di *property interests* paragonabili all’usufrutto e all’uso o anche all’abitazione.

È invece da escludersi la costituzione di diritti paragonabili all’enfiteusi, poiché gli immobili che possono appartenere a soggetti privati non hanno i caratteri necessari per la costituzione di diritti di tale specie. Teoricamente sarebbe possibile la costituzione di un *property interests* analogo alla superficie in quei sistemi che consentono ai privati di avere

<sup>163</sup> È da notare che la disposizione di quel vecchio CC relativo agli oneri reali (art. 495-3 “Gli oneri reali impongono al proprietario della cosa restrizioni che lo obbligano a tollerare o a fare qualche cosa o ad astenersi da qualche cosa”) si attaglia anche all’usufrutto e all’uso.

<sup>164</sup> Anche nelle Repubbliche dell’Unione Sovietica, nonostante l’esclusione di qualsiasi proprietà individuale (personale o privata) dalla terra, possono esservi, come si è già notato, immobili appartenenti a soggetti privati: quelli che servono all’abitazione del titolare e della sua famiglia o alla loro ricreazione (v. p. es. art. 105 CC della RSFSR) e i locali impiegati per l’esercizio di attività artigiane (art. 115), a parte i diritti della famiglia Kolkosiana.

in campagna la proprietà di appezzamenti di terra (non, beninteso, di aree fabbricabili in città), poiché altri privati potrebbero acquistare su tali appezzamenti un diritto di costruire per sé una casa di campagna o locali di ricreazione, analogamente a quanto possono rispetto ad appezzamenti di proprietà socialista o sociale. Ma in pratica è poco probabile che questa possibilità sia giudicata politicamente conforme agli indirizzi di una società socialista e sia quindi effettivamente realizzabile. Ma il punto su cui occorre particolarmente richiamare l'attenzione, con riferimento al potere di disporre del proprietario e ai diritti di antica impronta civilistica da lui costituiti, è quello che emerge dall'art. 29 dei *Principi* dell'URSS e da analoghe disposizioni dai CC della RSFSR e dalla DDR<sup>165</sup> circa la tutela della proprietà e del possesso.

Queste norme conferiscono invero la stessa tutela alla proprietà e al possesso e permettono a chi possiede un bene non suo "in forza di legge o per contratto", senza distinguere tra tipo e tipo di concessione, di recuperare il bene da chiunque e di ottenere nei confronti di chiunque l'eliminazione di eventuali turbative. Ciò determina una sostanziale unificazione dei diritti di godimento; tanto di quelli cosiddetti personali che di quelli cosiddetti reali. Il dato che normalmente manca nei sistemi civilistici e la cui mancanza impedisce una corretta inclusione dei diritti reali e quindi fra i *property interests*, vale a dire la tutela *erga omnes*, nei più significativi sistemi socialisti europei invece normalmente sussiste<sup>166</sup>. Certo, da un punto di vista socio-economico, l'equiparazione dei diritti personali di godimento privato a quelli reali è giustificata dalla dequalificazione di questi ultimi; ma, da un punto di vista tecnico-giuridico, deve dirsi che

<sup>165</sup> *Principi* della legisl. civ. dell'URSS art. 29 "I diritti previsti dall'art. 28 (Protezione del dir. di proprietà) dei presenti Principi spettano anche alla persona che, pur non avendone la proprietà, possiede i beni in virtù della legge o di un contratto"; CC della RSFSR art. 157; CC della DDR § 33.1; 3. Altri CC di Paesi socialisti, forse più sensibili alla tradizione civilistica, distinguono la pur ampia protezione del possesso da quella della proprietà (v. p. es. CC polacco art. 344; CC ungherese art. 188 ss.

<sup>166</sup> La fonte principale di questi diritti personali di godimento, equiparati nei sistemi socialisti a quelli reali, è costituita dalla locazione o da atti (pubblici o privati) equivalenti. Essi possono avere per oggetto immobili non destinati all'abitazione (cfr. CC della RSFSR art. 227; CC cecoslovacco art. 397, che evita il termine "locazione"; CC polacco art. 660; CC della DDR § 131), ma soprattutto case o locali per abitazione. Case o locali per abitazione possono appartenere, salvo che nell'URSS, anche a soggetti privati, ma per lo più appartengono a sindacati o altre organizzazioni sociali, cooperative, imprese; comunque, il contratto o atto che li riguarda è di regola preceduto da atti di organi amministrativi o politici (cfr. Principi art. 55s; 56; CC della RSFSR art. 298 ss.; CC cecoslovacco art. 154; 390-96; CC polacco art. 680; CC della DDR § 94 ss.)

essa è stata conseguita con l'elevazione dei diritti personali al rango della "realità" attraverso il riconoscimento della loro opponibilità a tutti i terzi.

Veniamo al secondo problema prospettato all'inizio, quello dei nuovi *property interests* sorti nei sistemi socialisti e che essenzialmente hanno per oggetto beni rientranti nella proprietà sociale o socialista<sup>167</sup>. Alcuni di questi *property interests* spettano a soggetti privati; e fra essi il più diffuso è quello che consente di servirsi del ruolo appartenente allo Stato, al popolo, a sindacati o ad altre organizzazioni sociali per costruirsi una casa di abitazione o una casa di campagna o altri locali di ricreazione. In Polonia questo diritto, chiamato dal CC. art. 271 ss. "usufrutto perpetuo", ha confini più vasti perché permette una meno definita utilizzazione del terreno e presenta certi caratteri dell'enfiteusi<sup>168</sup>.

Negli altri paesi socialisti esso è strettamente connesso al soddisfacimento delle esigenze personali dell'abitazione e della ricreazione. Il diritto sorge in seguito a una concessione dell'organo pubblico competente e a un conseguente atto giuridico compiuto dall'ente proprietario col privato beneficiario. Esso comprende il diritto di costruire e, marginalmente, quello di piantare alberi ornamentali, determinando inoltre l'automatico acquisto della proprietà dell'edificio e degli alberi<sup>169</sup>. I punti di contatto col diritto di superficie sono evidenti; ma questa espressione è scrupolosamente

<sup>167</sup> Il CC polacco art. 296 ss. ammette servitù personali a contenuto speciale, come i sistemi civilistici di tipo germanico; e fra esse comprende anche il diritto di abitazione (art. 301 ss.), rendendolo trasmissibile ai figli, genitori, coniuge del titolare defunto. Un ulteriore *property interest* da esso riconosciuto relativamente ai beni di proprietà personale è il diritto di mantenimento vitalizio (combinato eventualmente con un usufrutto e un diritto di abitazione) che può essere costituito a favore dell'alienante di un fondo (di regola il padre dell'acquirente): cfr. CC polacco art. 908 ss.; A.W. RUDSOK, *Polish Civil Law*, 103. Ma non può poi escludersi, tranne che in URSS e in Mongolia, che il diritto spettante a un privato di costruire una casa di campagna o locali di ricreazione abbia per oggetto un terreno appartenente ad un altro privato, anche se l'eventualità è da ritenersi in pratica molto rara.

<sup>168</sup> Il titolare del diritto suole invero assumere l'obbligo di compiere determinate opere e di pagare un canone e rischia di perdere il diritto se non vi adempie. La durata della concessione, nonostante questo usufrutto sia qualificato "perpetuo", è stabilita per un tempo definito anche se lungo (normalmente 99 anni, non meno, comunque di 40). Sul tema A.W. RUDZINSKI, *op. cit.*, in D. LASOK, *Polish Civil Law*, 70 ss.

<sup>169</sup> Cfr. CC cecoslovacco art. 196-221; CC della DDR §§ 284-294, 312-315; CC ungherese art. 153. I-2. I Principi e il CC della RSFSR, non menzionano questo diritto, ma esso è in realtà riconosciuto anche nella RSFSR, come risulta p. es. dal caso *Gosobenkova* decisa da quella Corte Suprema il 4 maggio 1961 (Bull. Supreme Court 1962, I, p. 11). Inoltre la Cost del 1977 art. 13, pur riferendosi prevalentemente ai diritti della famiglia kolkosiana, ammette che i cittadini possano avere in uso appezzamenti di terreno "per la costruzione di alloggi individuali".



evitata. In realtà si devono considerare i poteri degli organi pubblici in sede sia di costituzione sia di estinzione del diritto<sup>170</sup>; e si deve pure tenere presente che, almeno in alcuni sistemi, eseguita la costruzione il diritto sul suolo viene a essere trattato come accessorio a questa<sup>171</sup>. Un altro diritto che viene in considerazione è quello che alcuni sistemi socialisti riconoscono ai privati assegnatari di un'abitazione in case appartenenti a istituzioni pubbliche operanti nelle nuove strutture sociali. La disciplina più analitica al riguardo è quella del CC. cecoslovacco art. 152-195, che si riferisce al diritto di uso abitativo personale in case di cooperative, sindacati e altre organizzazioni sociali<sup>172</sup>. Particolare rilevanza ha infine la situazione giuridica delle unità produttive essenziali dell'economia socialista (imprese, cooperative agricole) rispetto ai beni non propri, che costituiscono i mezzi di produzione da esse impiegati.

Le imprese, che sono, come si è visto, soggetti di diritto, utilizzano terreni, edifici, macchinari, impianti, materie prime, denaro ecc., appartenenti allo Stato, ma di cui esse debbono, per svolgere la loro attività, non solo potersi evitare, ma anche potere disporre. Non v'è dubbio dunque che le imprese hanno un diritto particolarmente pieno su tali beni, senza però poterne essere considerate proprietarie<sup>173</sup>.

Quale sia la natura di questo diritto è stato ampiamente discusso fin dagli Anni Venti<sup>174</sup> e potrà ancora discutersi.

<sup>170</sup> Al riguardo hanno un valore paradigmatico le disposizioni dei §§ 285; 287.1-2; 289, 2; 290.1; 293.1, 294; 314 CC della DDR

<sup>171</sup> Lo si desume dalle disposizioni secondo cui il trasferimento della costruzione comporta l'automatico trasferimento del diritto sul suolo (cfr. p. es. CC cecoslovacco art. 218; CC della DDR §§ 298.2; 293.3). È da notare, comunque, (quale segno del rifiuto della nozione di superficie), che nella DDR la legge introduttiva del CC (18-6-1975) ha abrogato le norme dell'ordinanza 15-1-1919 sull'Erbbaurecht (versione tedesca del diritto di superficie), le quali erano rimaste in vigore fino a quel momento.

<sup>172</sup> V. anche, sul diritto riconosciuto in Polonia (CC art. 244) al socio di una cooperativa e assegnatario di un appartamento, A.W. RUDZINSKI, *op. cit.* in D. LASOK, *Polish Civil Law*, 100 s. Questo diritto, come l'altro nel testo, appare diverso da quello derivante da un contratto di locazione o da atto a questo assimilato, ma bisogna ricordare che, in materia di locali di abitazione, anche gli atti contrattuali sono subordinati a decisioni amministrative (cfr. p. es. CC cecoslovacco art. 493).

<sup>173</sup> Al momento si è ritenuto di poter applicare in proposito la nozione (germanica-medievale) della "proprietà divisa", riconoscendo alle imprese il "dominio utile", mentre lo Stato avrebbe conservato il "dominio diretto" (cfr. MARTINOV, *Opyt karakteristiki osnovnykh institutov imuscestvennogo prava prerebodnogo vremeni*, I Trudy Nom 96 ss. (1927)

<sup>174</sup> V. l'ampia e analitica rassegna di G. CRESPI-REGHIZZI, *L'impresa cit* (p. 232 s.; nonché V. KNAPP, *Intern. Enc.* VI.2.81; LAPTEV, *Socialist Enterprises*, in *Intern. Enc.* XVII.6.D (1979), che tuttavia, per ora, non ho potuto utilizzare.

La formula infatti largamente adottata per indicare la situazione giuridica dell'impresa, ossia "diritto di amministrazione operativa"<sup>175</sup>, può servire a indicare che l'impresa ha il potere di gestione, ma è troppo generica per chiarire la natura del diritto dell'impresa sui beni gestiti. Alcuni aspetti di questo diritto sembrano, ad ogni modo, sicuri: a) il diritto non rientra in nessuno degli schemi elaborati dalle dottrine giuridiche civilistiche o da quelle di *common law*; b) esso presenta non contestabili caratteri di realtà e può quindi considerarsi, fermo quanto affermato al punto a), un *property interests* di godimento a contenuto generale diverso dalla proprietà<sup>176</sup>; c)

<sup>175</sup> Cfr. p. es. CC della RSFSR art. § 94 ("operativni upravleni"); KNAPP, *Inter. Enc.*, VI.2.3.80-82. Una figura giuridica simile è ammessa anche nei sistemi socialisti diversi dal sovietico. In Polonia tuttavia la dottrina ufficiale nega l'esistenza di un diritto di questo tipo, in quanto le imprese non farebbero che esercitare i poteri derivanti dalla proprietà dello Stato (ma per la verità l'art. 128 CC polacco, a cui ci si richiama, non offre che un debole sostegno a questa dottrina come in fondo sembra ammettere anche A.W. RUDZINSKI, *op. cit.* in D. LASOK, *Polish Civil Law*, 95 s., che la riferisce. È da notare, d'altro canto, in tale dottrina l'influenza della concezione secondo cui l'impresa sarebbe sostanzialmente organo dello Stato, in modo da avere piuttosto poteri-doveri che non diritti soggettivi. Ma in realtà il riconoscimento che l'impresa abbia il dovere di gestire, di obbedienza al piano, di sviluppo economico e via dicendo non influisce in modo rilevante sulla qualificazione da dare alla sua situazione rispetto ai beni organizzati appartenenti allo Stato. Quanto poi alla Jugoslavia, è giusto negare alle imprese pubbliche ivi esistenti un diritto di amministrazione operativa come quello in cui si è parlato, sia perché in quel sistema la proprietà dei mezzi di produzione non è incentrata nello Stato, ma diffusa in tutta la collettività, con la conseguenza che le imprese non possono apparire titolari di un diritto su beni dello Stato e in definitiva nemmeno su beni altrui, sia perché il principio dell' "autogestione" tende a fare riconoscere alle imprese un diritto più pieno, anche se non coincide necessariamente con la proprietà e tanto meno con la proprietà "borghese".

<sup>176</sup> L'espressione "*property interest*" forse non può essere accettata da quegli studiosi e quei politici dei Paesi socialisti i quali escludono la spettanza alle imprese del "dominio utile" o di altre specie di proprietà e che ad assumere questa posizione sono indotti non tanto da ragioni tecnico-giuridiche quanto da "ragioni ideologiche (solo in verità simili ragioni sembrano ad es. spiegare quello che sostiene S. SZER, *Prawo cywilne. Czesc ogoln* (Warszawa 1967), 203, ossia che il diritto di amministrazione operativa è un diritto assoluto e quindi operante *erga omnes* ma non *in re*). Si può credere che l'espressione "*property interest*" risulterebbe più accettabile grazie alla precisazione del punto c), secondo cui si tratterebbe di un *property interest* "socialista", in quanto caratterizzato nella sua natura e guidato nel suo esercizio dai principi e dai fini del socialismo. Quanto alla differenza di questo *interest* dalla proprietà, essa deve necessariamente presupporre sulla base delle norme delle costituzioni e dei codici che riservano allo Stato la proprietà dei mezzi di produzione organizzati per l'esercizio di un'impresa. Né essa è contraddetta dalla spettanza agli enti-imprese del potere di disporre dei beni (corporali e incorporali) compresi nel complesso organizzato, poiché questo potere è concepibile spettante anche al titolare di *property interest* diversi dalla proprietà, se la natura del bene, in relazione al *property interest* in cui è oggetto, lo richiede (cfr. H. EICHLER, II, 570; G. PUGLIESE, *Usufrutto*, 688 ss., 705 ss.).

esso, in quanto fondato sulla proprietà socialista e ispirato, comunque, agli stessi fini politico-sociali di questa, appare un *property interest* qualificabile come socialista con tutte le connotazioni pubblicistiche che ad una simile qualifica sono inerenti.

Il diritto delle cooperative agricole sulle terre che sono autorizzate a coltivare e a godere appartiene evidentemente alla stessa categoria, di cui si sono appena delineati alcuni contorni. Esso presenta tuttavia certe peculiarità, su due delle quali conviene chiaramente richiamare l'attenzione. La prima è che questo diritto, a differenza del precedente, non comporta il potere di disporre, poiché l'utilizzazione della terra ai fini agricoli e di allevamento non richiede né la sua alienazione, né la sua trasformazione o distruzione (supposto che fosse possibile). La seconda è che solo nell'URSS e in Mongolia le terre godute alle cooperative sono necessariamente dello Stato<sup>177</sup>; negli altri Paesi socialisti le terre, oltre che dello Stato, sono delle stesse cooperative, di altre organizzazioni sociali o di privati. Ciò, mentre evidentemente esclude l'esistenza di tale diritto nei casi in cui le cooperative hanno la proprietà, conferisce negli altri casi adesso una maggiore fluidità.

In Polonia si arriva a qualificarlo usufrutto e a regolarlo nel CC., con la collocazione delle relative norme nello stesso capo dell'usufrutto privatistico<sup>178</sup>. Se poi la terra appartiene a soggetti privati, può accadere eccezionalmente che questi la diano o siano costretti a darla in godimento a cooperative a cui sono estranei; ma di regola essi sono soci della cooperativa che gode la loro terra, e allora il diritto della cooperativa sulla terra si differenzia da quello sopra indicato e viene ad assomigliare, pur con connotazioni socialistiche, al diritto che la società o le cooperative dei sistemi civilistici hanno sui beni conferiti dai soci in godimento. Negli altri casi può, comunque, riconoscersi al diritto delle cooperative (eccettuato eventualmente quello regolato dal CC. polacco) la stessa natura di fondo da riconoscersi al diritto delle imprese sui beni organizzati per lo svolgimento delle loro attività.

---

<sup>177</sup> Ciò naturalmente non significa che tutte le terre di proprietà dello Stato siano di necessità coltivate e utilizzate da cooperative, poiché vi può provvedere direttamente lo Stato stesso con proprie fattorie, anche se di fatto queste sono molto meno numerose e meno ampiamente operanti delle cooperative.

<sup>178</sup> CC polacco art. 271 ss.

d) *Negli altri sistemi giuridici*

I. Nei sistemi islamici la differenza tra proprietà e altri *property interests* a contenuto generale corrisponde, come si è visto,<sup>179</sup> a quella tra sostanza o corpo del bene (“an” o “raqabah”) e suo godimento o sue utilità (“manfa’ah” o “manafi”), nel senso che, quando si costituisce su un bene un *property interest* generale a favore di un soggetto diverso dal proprietario, la proprietà di questi rimane concentrata sull’“ayn” o “raqabah”, mentre l’altro *property interests* si riferisce ai “manfa’ah” o ai “manafi”<sup>180</sup>. Questo è particolarmente vero per i *property interests* analoghi all’usufrutto civilistico, ma vale anche per gli altri *property interests* a contenuto generale.

L’esposizione che segue ai *property interests* costituiti si riferisce agli immobili che possono essere oggetto di autentica proprietà privata (“arādi al mamlūka”, secondo la terminologia della legge ottomana del 1858)<sup>181</sup>, riservando a una successiva section l’esame del *property interests* (“tessaruf”), che può essere costituito sulle terre considerate proprietà della Comunità Musulmana o dello Stato (“aradi al amireya”). Nella presente esposizione saranno invece compresi anche i *property interests* costituibili su altre terre sottoposte a uno speciale regime: quelle vincolate da un waqf (“aradi al manqafa”). Naturalmente non si deve dimenticare, trattandosi di sistemi islamici, che i concetti e le soluzioni specifiche possono variare in ragione sia delle scuole prevalenti nell’uno o nell’altro di essi, sia dalle differenze storiche e ambientali fra i vari territori in cui essi hanno vigore. E a quest’ultimo riguardo occorre anche tenere presente che in alcuni fra tali territori sono stati emanati codici civili, nei quali la tradizione musulmana si è mescolata con norme e istituti recepiti dai sistemi civilistici, in ispecie da quello francese, mentre non sono secondarie in quelli o in altri le influenze socialiste. Ne risulta dunque un quadro di *property interests* generali diversi dalla proprietà parecchio più complesso, più variegato e in certo modo meno definito di quello che la chiara distinzione tra “ayn” o “raqabah”, da una parte, e “manfa’ah” o “manafi”, dall’altra, lascerebbe presagire.

<sup>179</sup> J.N.D. ANDERSON, *Intern. Enc.*, VI.2.5.196; J. SCHACHT, *Introduction*, 134; D. SANTILLANA, *Istituzioni*, I, 433.

<sup>180</sup> V. J.D.M. DERRETT, *Hindu Law*, in *Intern. Enc.* VI

<sup>181</sup> V. *supra* par. 5, IV e nt. 88. Le altre terre (aradi al amirēya) si considerano appartenenti alla comunità musulmana o allo Stato. Esse devono però essere distinte da altre terre appartenenti allo Stato e on suscettibili di proprietà privata, come quelle destinate all’uso pubblico (arādi al matrūka), nonché delle terre ritenute incoltivabili o “morte” (arādi al mawāt). Punto di riferimento al riguardo è sempre la legge ottomana del 1858, la cui classificazione appare ancora in buona sostanza valida (cfr. CC siriano art. 86; CC irakeno art. 1169 s.).

Accontentandoci in questa sede, in cui un'analisi dettagliata e precisa non è naturalmente possibile, di dati un po' sommari e incompleti, dobbiamo anzitutto menzionare vari diritti di godimento vitalizi paragonabili all'usufrutto, all'uso, e all'abitazione, una figura unitaria di usufrutto ("milk al manfa'ah") "hagg al manfaa" è ammessa (verosimilmente per influenza civilistica) in moderni codici civili di Paesi islamici (v. p. es. CC. egiziano art. 985 ss.; CC siriano art. 936 ss.; CC. irakeno art. 1249 ss.). Essa è invece difficilmente rintracciabile nella tradizione islamica, che conosce piuttosto figure particolari come lo "umra", suscettibile di avere come termine finale sia la morte del titolare sia quella del costituente, lo "arriyyah", che si riferisce a piante fruttifere, lo "iqta", che ha per oggetto beni pubblici. Un elemento comune è, ad ogni modo, la possibilità di essere costituiti a titolo gratuito (sia tra vivi, sia *mortis causa*), ma non invece a titolo oneroso<sup>182</sup>. L'uso ("intifa") è invece concepito in modo unitario come il diritto di servirsi di una cosa, esclusa la percezione di qualsiasi frutto<sup>183</sup>. L'abitazione ("sukna"), ugualmente concepita in modo unitario, è il diritto di abitare personalmente una casa o un appartamento senza l'obbligo di contribuire alle spese di manutenzione. Sulla base di questa tradizione musulmana, ma con la recezione anche di modelli civilistici, codici civili moderni riconoscono in modo unitario l'usufrutto e qualcuno anche l'uso e l'abitazione<sup>184</sup>.

Un altro *property interest* specificamente riconosciuto è la superficie, in quanto diritto di costruire su un'area comprata o presa in locazione e di tenere su di essa la costruzione eseguita, di cui il titolare diviene proprietario<sup>185</sup>.

Esso è previsto anche dai codici (CC egiziano art. 922; CC irakeno art. 1049; CC siriano art. 85.2; 944 ss. che pe altro non ammette (art. 997) la costituzione di nuovi diritti di superficie).

Un diritto, che consente di compiere costruzioni e piantagioni su terreno non proprio, divenendone proprietario, e che quindi, sotto questo aspetto, è avvicicabile alla superficie, è "*l'igiara tawila*" (Sir. Art. 1017 ss.; CC Irak.art.68). Si tratta di un diritto costituzionale in perpetuo o a

<sup>182</sup> D. SANTILLANA, *Istituzioni*, I, 453 s. La ragione è che un atto costituito a titolo oneroso sarebbe aleatorio e contrasterebbe così coi principi islamici

<sup>183</sup> D. SANTILLANA, *Istituzioni*, I, 458 s., il quale fa rilevare inoltre (n. 662) che anche il matrimonio è concepito in termini di "intifa" e che "intifa" è il diritto di occupare un certo posto nella moschea o nel mercato.

<sup>184</sup> Cfr. CC egiziano art. 985-995; 996-998; CC irakeno art. 1249-1270. Il CC siriano art. 936-959 ammette e regola solo l'usufrutto.

<sup>185</sup> D. SANTILLANA, *Istituzioni*, I, 449 ss.

tempo su beni immobili vincolati con un waqf (o hubus) e che rappresenta un mezzo con cui questi beni, divenuti formalmente inalienabili, possono essere, non solo utilizzati, ma anche migliorati in relazione a questa funzione, e anche perché il titolare è tenuto a pagare un canone, esso presenta pure punti di contatto con l'enfiteusi. Avvicinabile all'enfiteusi è l'“*ijaratein*”, che è un diritto perpetuo di godimento contro il pagamento di un canone, costituibile su immobili vincolati con un waqf (CC sir.art. 1004 ss)<sup>186</sup>.

Ad esso deve paragonarsi lo “*hukr*” egiziano, di cui un tempo poteva essere oggetto qualsiasi immobile, ma che ora (CC egiziano art. 1002) è limitato a quelli vincolati con un *waqf*.

La sua durata massima è però di sessant'anni<sup>187</sup>. Deve infine mettersi in rilievo l'importanza attribuita nei sistemi islamici al diritto di prelazione (“*shf'a*”), che certo non è un diritto di godimento, ma risulta connesso a taluni diritti di godimento e contribuisce a qualificarli<sup>188</sup>. Chi ha questo diritto è preferito a qualsiasi terzo nella compera di un certo bene, nel senso che, a parità di condizioni, il bene deve essere venduto a lui<sup>189</sup>. Secondo il CC egiziano, che è quello che gli dà la maggiore ampiezza (art. 936); il diritto spetta, oltre che al comproprietario rispetto alle quote degli altri comproprietari, al nudo proprietario rispetto all'usufrutto e all'usufruttuario rispetto alla nuda proprietà, al titolare dello “*hukr*” rispetto alla nuda proprietà e al nudo proprietario (gestore di *waqf*) rispetto allo “*hukr*” e infine, ricorrendo date circostanze, allo stesso proprietario del fondo vicino.

Naturalmente, in caso di più titolari del diritto di prelazione, vi sono norme che stabiliscono un ordine fra essi (cfr. CC egiziano art. 936-37).

II. Il diritto hindu, come si è già osservato, in massima non è più

<sup>186</sup> Deve sottolinearsi che tanto l'*ijara tawil* quanto l'*ijaratein* possono essere oggetto di usufrutto (cfr. CC siriano art. 938), il che, del resto, accade anche nei sistemi civilistici, i quali infatti ammettono p. es. l'usufrutto di un'enfiteusi.

<sup>187</sup> Per una trattazione storica degli istituti islamici avvicinati all'enfiteusi (compreso il “*tessaruf*” di cui si parlerà a proposito delle terre “*amirēya*”) e per una loro analisi relativa al periodo anteriore ai codici citati nel testo cfr. D. SANTILLANA, *Istituzioni*, I, 436 ss., 440 ss.

<sup>188</sup> J. SCHACHT, *Introduction*, 142; J.N.D. ANDERSON, *Intern. Enc.* VI.2.5.199, che mette in rilievo le differenze esistenti in proposito fra le scuole e la parte avuta dalla scuola Hanafita nell'estendere la sfera dei titolari di questo diritto.

<sup>189</sup> Adottando gli schemi della tradizione romanistica, si potrebbe dire che il diritto di prelazione non è un *ius in re*, bensì un *ius ad rem*, ossia un potere di acquisto. I sistemi islamici, comunque non hanno dubbi sulla sua inclusione tra i diritti reali e quindi, secondo la nostra terminologia, fra i *property interests*.

applicato in materia di *property*. Vi sono tuttavia anche in questa materia alcune peculiarità derivanti dalla tradizione hindu che devono essere messe in rilievo.

La prima è il principio, già menzionato<sup>190</sup>, che rende possibile la proprietà di alberi e di pozzi separata dalla proprietà del suolo e spettante quindi a un soggetto diverso dal proprietario del suolo<sup>191</sup>. Si ammette insomma una proprietà superficiaria di alberi e di pozzi, alla quale logicamente dovrebbe connettersi, anche se non viene esplicitato, un diritto del titolare sul suolo. Gli edifici sogliono invece appartenere al proprietario del suolo. Ma si ammette che il conduttore (lessee) possa essere autorizzato a costruire e che diventi proprietario dell'edificio finchè dura la locazione<sup>192</sup>.

La seconda peculiarità da segnalare è l'ammissibilità di diritti di godimento limitati alla vita e alla persona del titolare, alcuni modellati sul life estate di *common law*<sup>193</sup>, altri conformi a principi tradizionali locali<sup>194</sup>.

Una terza peculiarità infine consiste nella sostanziale recezione, in materia di locazione immobiliare, delle regole di *common law* relative al lease, in modo che essa è considerata un "transfer of *property*" con le relative conseguenze<sup>195</sup> e che il conduttore (lessee) viene a risultare titolare di un *property interest*<sup>196</sup>.

<sup>190</sup> *Supra*, Cap. I, par. 2 e nt. 17.

<sup>191</sup> Cfr. N.H. JHABVALA, *The transfer of property Act*. (5 ed. Bombay 1948), 4; J.D.M. DERRETT, *Intern. Enc.* VI, 2,6.201

<sup>192</sup> N.H. JHABVALA, *Transfer*, 179 s.

<sup>193</sup> Si tratterebbe di diritti trasferibili come appunto il life estate; cfr. J.D.M. DERRETT, *Introduction of Hindu Law* (Bombay 1963), Lo stesso autore (*Intern. Enc.*, VI, 2.6.218) considera per altro scarsa la loro applicazione pratica.

<sup>194</sup> J.D.M. DERRETT, *Introduction*, 425. Questi diritti sono precisamente menzionati nell'Hindu Succession Act 1956 sect. 14 (2), secondo cui la norma della subsect (1), intesa a convertire in piena proprietà quella temporanea e in vario modo limitata che sostanzialmente era l'unica prima ammissibile per le donne (stridhana), non si applica ai casi nei quali l'atto d'acquisto espressamente costituisce "a restricted estate" (cfr. MULLA, *Principles of Hindu Law* (13 ed. a cura di S.T. DESAI, Bombay 1966), 829 s. Questo "restricted estate", che evidentemente può essere costituito in capo tanto a una donna che a un uomo, è in massima limitato alla persona e al godimento (*bhoga*); come tale esso viene considerato intrasferibile ai fini del Transfer of Property Act (cfr. N.H. JHABVALA, *Transfer*, 15; 207). Sotto questo aspetto assomiglia all'usufrutto e all'uso del diritto romano. Circa poi l'applicabilità della subsect. 1 o 2 ai casi in cui la donna abbia ricevuto il restricted estate in luogo del mantenimento o di arretrati del mantenimento (alla luce dell'*Explanation* della subsect. I fornita dalla legge stessa), cfr. J.D.M. DERRETT; *Introduction*, 424, n. 1; *Id.* *Intern. Enc.* VI, 2.6.219 e n. 357 con le sentenze ivi citate.

<sup>195</sup> Cfr. *Transfer of Property Act*. (1882), sect. 105-107

<sup>196</sup> N.H. JHABVALA, *Transfer*, 22 ss., 173 ss. La recezione di questi principi di *common law*

È opportuno a questo punto richiamare quanto si è detto circa l'istituto tradizionale della proprietà della donna (*stridhana*), abolito in India dallo *Hindù Succession Act 1956*, ma ancora in vigore in comunità extraindiane di religione hindù.

Sebbene esso non superi la durata vitalizia e sia soggetta ad altre limitazioni, in modo da presentare analogie con l'usufrutto o, se si preferisce con *life estate*, si tratta pur sempre di una specie di proprietà e non di un diverso *property interest*<sup>197</sup>.

A conclusione analoga si giunge riguardo ad un altro istituto che si può qui ricordare, quello concernente beni spettanti alla cosiddetta "famiglia unita" secondo il diritto della scuola *Mithkshara*<sup>198</sup>: chi eredita dal padre o da altro ascendente maschio e ha, a sua volta, discendenti, non diviene proprietario pieno e solitario dei relativi beni, ma viene a trovarsi in comunione coi suoi discendenti fino ai pronipoti inclusi; a maggior ragione si trovano in comunione più discendenti che ereditano insieme dal padre o da altro ascendente, anche senza essere stati prima in comunione con lui. E questa comunione è di quelle che non ammettono quote e non conferiscono quindi a ciascun partecipante la titolarità di una quota, bensì una proprietà degli altri partecipanti<sup>199</sup>. Nessuno di conseguenza finisce con l'aver effettivamente la proprietà piena di ciascun bene.

Sarebbe tuttavia errato affermare che egli abbia un *property interest* generale su cosa non propria sul tipo di quelli considerati nella presente section. Il fenomeno è invece un'ovvia manifestazione del regime della comunione e dovrà quindi essere preso in esame da quest'ultimo angolo visuale. Per contro un *property interest* che rientra nella categoria qui considerata è quello che, come si è già accennato, viene riconosciuto all'amministratore (*shebat*) dei beni di un idolo venerato in un tempio. L'idolo è considerato soggetto di diritti e quindi ha la proprietà di beni che formano il patrimonio del tempio. Ma lo *shebat*, oltre che dei poteri di

---

sembra essere stata facilitata dalla possibilità tradizionale, tuttora ammessa, di concedere terre in locazione a lungo o lunghissimo termine e anche in perpetuo.

<sup>197</sup> V. *supra*, par. 6, V.

<sup>198</sup> Sulle scuole e la loro rilevanza cfr. P.N. CHADHA, *Principles*, 2; J.D.M. DERRETT, *Introduction*, 22 ss.; MULLA, *Principles*, 77 ss. Sul regime patrimoniale della "famiglia unita" secondo la scuola *Mitakshara* e le sue partizioni. P.N. CHADHA, *Principles*, 121 ss. J.D.M. DERRETT, *Introduction* 244 ss.; MULLA, *Principles* 240 ss.

<sup>199</sup> È in realtà un tipo di comunione di cui ci sono parecchi esempi, dal *consortium erecto non cito* dell'antico diritto romano alla germanica comunione *zur gesamten Hand*, alla joint tenancy di *commo law*, anche se ciascuno naturalmente obbedisce a sue proprie regole particolari. Se ne parlerà più innanzi in questo par.



amministrazione, è ritenuto titolare di un diritto patrimoniale qualificabile come *property interest*; e infatti si ritiene astrattamente ammissibile, anche se non sempre si ammette in concreto, che esso sia oggetto di successione ereditaria e di donazione<sup>200</sup>.

Una situazione analoga, pur contrassegnata da caratteri che la distinguono è quello del capo (mahant) e dei monasteri (o centri di studi religiosi) chiamati “maths”<sup>201</sup>.

III. Passando ai sistemi tradizionali africani, non ci riferiamo a quelli in cui, come si è notato<sup>202</sup>, le terre appartengono di necessità al gruppo sociale dominante o allo Stato soggetto eventualmente al sovrano (o ancora a una divinità o agli spiriti degli antenati), ma naturalmente solo a quelli in cui l'autentica proprietà della terra può spettare a soggetti diversi dallo Stato o dall'altro soggetto eventualmente dotato di sovranità (o da divinità o da spiriti). Tali soggetti diversi possono essere, e spesso sono<sup>203</sup>, collettività minori quali le comunità di villaggio o i gruppi gentilizi o parentali, in modo, che casi in cui questi organismi non godano la terra collettivamente, ma la lascino occupare dai loro singoli membri o gliene assegnino, il *property interest* spettante a questi soggetti finirebbe col presentare, secondo il Bentsi Enchill<sup>204</sup>, caratteristiche analoghe a quelle del *property interest* spettante alle collettività minori o ai singoli individui nei sistemi del primo

<sup>200</sup> J.D.M. DERRETT, *Introduction*, 510 ss.; MULLA, *Principles*, 445. Il carattere patrimoniale di questo *interest* è in armonia con certi caratteri del diritto hindù, secondo i quali anche le posizioni più nettamente religiose, come quella che abilita a fungere da sacerdote officiante di cerimonie funebri, sono state qualificate “immovable *property*” ai fini del Transfer of Property Act (cfr. N.H. JHABVALA, *Transfer*, 5).

<sup>201</sup> J.D.M. DERRETT, *Introduction*, 510 ss.; MULLA, *Principles*, 445.

<sup>202</sup> *Supra* par. 5, V.

<sup>203</sup> Cfr. K. BENTSI-ENCHILL, *Intern. Enc.* VI, 2.4.149 ss. 154-55; P.F. GONIDEL, *Droits Africains* 101.

<sup>204</sup> Cfr. K. BENTSI-ENCHILL, *Intern. Enc.* VI.2.4.169; influenzato dalla sua educazione giuridica di *common law*, paragona questo *property interest* all'English freehold estate”, e su questa traccia, lo qualifica (ivi, 70) come “customary freehold”, qualifica con cui vuole sottolineare il fondamento consuetudinario e tradizionale africano di tale *interest*. Guardando invece al mondo civilistico il paragone potrebbe farsi con l'enfiteusi perpetua. Comunque in entrambe i casi bisogna aggiungere il particolare (ignoto ai termini di paragone europei) dell'inalienabilità di tale *property interest* a soggetti estranei al gruppo gentilizio o familiare di cui il titolare faccia parte (K. BENTSI-ENCHILL, *loc. cit.* 185). Altro problema è quello di sapere se questo *property interest* sia omogeneo o no col *property interest* che nei sistemi del primo tipo è il più ampio a cui soggetti diversi dallo Stato o da enti equiparati possano accedere. Su esso si tornerà nel par. 9.

tipo<sup>205</sup>. Le differenze tra i due tipi di regime fondiario riguarderebbero, in sostanza, soprattutto la situazione giuridica in cui si trovano rispetto alle terre le collettività minori, le quali nei sistemi del primo tipo non avrebbero la proprietà, mentre l'avrebbero in quelli del secondo; le differenze invece quasi svanirebbero riguardo alla situazione giuridica dei singoli cittadini o dei singoli membri delle collettività minori, poiché in entrambi i tipi di sistemi essi avrebbero un analogo *property interest*, minore della proprietà per quanto amplissimo e di durata indefinita.

Qui non è possibile fare l'analisi che sarebbe necessaria per verificare quanto l'affermazione del Bentsi-Enchill sia esatta. Direi che tuttavia nei sistemi del secondo tipo, a cui per ora ci si riferisce, i singoli individui o più in generale i soggetti diversi sia dallo Stato o enti equiparati, sia dalle collettività minori, sono in grado, almeno parzialmente, di avere l'autentica proprietà di terre o altri immobili. L'unica condizione è che la proprietà di questi beni non spetti in concreto a una collettività minore (comunità di villaggio o gruppo gentilizio o parentale); ed è una condizione che, con lo sviluppo dell'economia e le relative trasformazioni sociali, è destinata a verificarsi sempre più di frequente. Qualora invece uno di tali soggetti collettivi abbia la proprietà della terra e il godimento effettivo di questa sia lasciato ai suoi singoli membri (o a loro gruppi), costoro verranno ad avere precisamente quel *property interest* generale, diverso dalla proprietà e di durata indefinita, a cui si è alluso poc'anzi<sup>206</sup>. Nel caso poi che, verificandosi la suddetta condizione, la terra si trovi nell'autentica proprietà di soggetti privati, è possibile immaginare in teoria che altri soggetti privati vengano ad avere su di essa *property interests* generali meno ampi o di più breve durata (sul tipo p. es. dell'usufrutto o dell'uso).

Nella realtà storica tuttavia non sembra si sia andati al di là di concessioni precarie (anche di durata indefinita), di locazioni stagionali

<sup>205</sup> Quelle cioè appartenenti necessariamente allo Stato o a uno degli altri soggetti (reali o immaginari) sopra indicati.

<sup>206</sup> Il BENTSI-ENCHILL, *Intern. enc.* VI.2.4.169; influenzato dalla sua educazione giuridica di *common law*, paragona questo *property interest* all'English Freehold estate", e su questa traccia, lo qualifica (ivi 170) come "customary freehold", qualifica con cui vuole sottolineare il fondamento consuetudinario e tradizionale africano di tale *interest*. Guardando invece al mondo civilistico il paragone potrebbe farsi con l'enfiteusi perpetua. Comunque in entrambi i casi bisogna aggiungere il particolare (ignoto ai termini di paragone europei) dell'inalienabilità di tale *property interest* a soggetti estranei al gruppo gentilizio o familiare di cui il titolare faccia parte (K. BENTSI-ENCHILL, loc. cit. 185). Altro problema è quello di sapere se questo *property interest* sia omogeneo o non col *property interest* che nei sistemi del primo tipo è il più ampio a cui soggetti diversi dallo Stato o da enti equiparati possano accedere. Su esso si tornerà nella sect. 26.

o di più impegnative locazioni annuali o pluriennali; ed è dubbio che chi ha ottenuto in questo modo o a questo titolo il godimento della terra sia considerato nei relativi sistemi titolare di un vero *property interest*<sup>207</sup>

## 8. *I property interests a contenuto generale nei sistemi di common law*

I. Nei sistemi in cui vige un regime immobiliare non fondato sulla proprietà tutti i *property interests* sono, per definizione, diversi dalla proprietà, poiché in questi sistemi nessun soggetto, che non sia il titolare della sovranità o di una diversa signoria suprema, può avere un *property interest* immobiliare qualificabile come proprietà. Ciò, tuttavia, non significa che la funzione economico-sociale svolta negli altri sistemi dalla proprietà sia in essi sconosciuta o vi rimanga insoddisfatta; accade soltanto che uno o *property interests* diversi dalla proprietà finiscano con lo svolgere la funzione economico-sociale della proprietà.

II. I sistemi, il cui regime immobiliare costituisce il paradigma di quelli non fondati sulla proprietà e in nessun modo quindi disposti a riconoscere (tranne che alla persona o all'ente titolare della sovranità) *property interests* immobiliari qualificabili come proprietà, sono tipicamente i sistemi di *common law*.

Ora, questa caratteristica e la conseguente natura dei *property interest* da essi riconosciuti non si spiegano se non attraverso la storia del regime immobiliare nei relativi Paesi, in particolare in Inghilterra.

Il regime immobiliare inglese, almeno dopo la conquista normanna, fu una creazione del feudalesimo e ne conservò a lungo, anzi per qualche aspetto ne conserva ancora, l'influenza. Le terre potevano in origine essere godute solo da chi ne riceveva la concessione (*grant*) da un signore (*lord*), in ultima istanza dal re in quanto signore supremo (*lord paramount*). Il re

<sup>207</sup> Esempio di concessione precaria si ha nel vecchio caso *Kuma v. Kuma*, (1936), 5 West Afric. Court of App. 4, in cui si trattava di terre lasciate occupare e godere dal soggetto proprietario ad una diversa tribù per sei generazioni senza corrispettivo. L'inglese Privy Council, riconoscendo la conformità di tale concessione alla tradizione e alla consuetudine e la conservazione tuttavia dei suoi diritti di proprietario da parte del soggetto concedente, riformò l'indicata sentenza e ammise la revoca della concessione voluta da questo soggetto. I principi consuetudinari così enunciati dal Privy Council appaiono tuttora vigenti (K. BENTSI-ENCHILL, *loc. cit.* 188). Le locazioni di durata superiore a una semplice stagione risultano, a loro volta, favorite dalla diffusione dell'agricoltura intensiva e delle colture specializzate (caffè, cacao, cotone): così BENTSI-ENCHILL, *loc. cit.* 188, il quale lamenta pure la scarsità di riforme e di aggiornamenti legislativi in questo campo da parte dei Paesi Africani

concedeva la terra ai suoi seguaci più vicini, che divenivano tenants rispetto a lui (e precisamente, non essendovi signori intermedi, “tenants in chief”). Questi a loro volta, potevano concedere parti più o meno rilevanti della terra ricevuta ad altri tenants, divenendo signori rispetto ad essi (signori intermedi uguali “mesme lords”). La catena che andava dal lord paramount fino all’ultimo tenants poteva così avere anche tre o più anelli.

Ciascuna terra, d’altra parte, aveva un signore, sicchè veniva a mancare in Inghilterra, a differenza che in alcuni Paesi del continente europeo, la categoria delle terre “allodiali”, che non avevano un signore e di cui un comune soggetto poteva divenire autentico proprietario.

Esistevano vari tipi di concessione, i quali dipendevano sia dalla condizione sociale del tenants<sup>208</sup> e dalla specie di servizi o altre prestazioni che il tenant doveva in cambio della terra (nell’insieme chiamati “incidents” dalla “tenure”), sia dalla durata (mai stabilita in un numero fisso di anni)<sup>209</sup> del godimento concesso. Sotto il primo aspetto si avevano più specie di *tenures*, ossia di modi di “tenere” la terra, e corrispondentemente più specie di loro titolari (*tenants*). Si distinguevano prima di tutto *free* e *unfree tenures*; a queste ultime erano confinati i contadini (*villeins*), che coltivavano effettivamente la terra e che di regola si trovavano in condizione servile.

A loro volta, le *free tenures* comprendevano le *tenures in chivalry* (caratterizzate dall’obbligo del *tenant* di prestare servizi nella corte del Re<sup>210</sup> o di fornire al signore un dato numero di cavalieri armati per 40 giorni all’anno<sup>211</sup> obbligo quest’ultimo convertito a partire dal XII-XIII sec. in quello di pagare una somma di denaro), le *tenures in socage* (caratterizzate dall’obbligo di prestare servizi agricoli, in ispecie giorni in aratura ogni anno, convertito alla fine del XV sec. nell’obbligo di pagare una corrispondente somma di denaro<sup>212</sup>, le *spiritual tenures* (a favore di vescovadi o di monasteri

<sup>208</sup> I contadini (*villeins*) p. es. potevano avere soltanto una “*unfree tenure*”; in altri casi era decisivo lo status di nobile oppure si conseguiva questo status per effetto di una data concessione.

<sup>209</sup> Se il godimento era concesso per un numero fisso di anni (“*term of years*”), si costituiva un “*lease*” che era estraneo al sistema feudale e non si considerava fonte di real *property*, come si spiegherà più innanzi.

<sup>210</sup> Questa era la “*grand serjeanty*”, in cui beneficiari erano tutti tenants in chief, in quanto investiti direttamente dal re e in pratica suoi stretti collaboratori: cfr. W.S. HOLDSWORTH, *History of English Law*, III 3 ed. (London 1923), 46 ss. R.E. MEGARRY-H.W.R. WADE, 16

<sup>211</sup> Questo era il così detto “*Knight’s service*”, la cui concessione poteva essere conferita anche da mesme lords.

<sup>212</sup> Analoga alla *tenure in socage*, tanto da potere essere considerata una sua sottospecie (R.E. MEGARRY-H.W.R. WADE, 19), era la “*petty serjeanty*” (diversa evidentemente dalla “*grand serjeanty*”), che obbligava il tenant a fornire fanti, frecce e paglia per il giaciglio del

in cambio di preghiere o di altri servizi divini). Infine le *unfree tenures* si concretavano essenzialmente<sup>213</sup> nel *villeinage* chiamato poi *copyhold*<sup>214</sup>, che comprendeva fra gli incidents l'obbligo del tenant di prestare il suo lavoro per la coltivazione delle terre rimaste nel godimento diretto del signore. Il *villeinage* era originariamente soggetto al potere di revoca del signore, che era libero di esercitarlo in qualunque momento; ma questo potere fu poi limitato dal costume<sup>215</sup>.

Sotto il secondo aspetto si avevano concessioni più o meno lunghe. Ora, con riguardo a questa dimensione temporale la situazione giuridica del tenant rispetto alla terra venne chiamata "estate", termine che risulta già in uso nel XIV sec.<sup>216</sup> e che i documenti di questo secolo mostrano derivata dal latino "status" (ossia, elaborato dai giuridici e dai giuristi inglesi, sì che lo si poté utilizzare nei modi più sottili<sup>217</sup>). In sostanza esso indica il "quantum" temporale di godimento della terra attribuito al tenant; e la sua determinazione poteva e può tuttora variare in relazione al modo in cui erano e sono indicati i beneficiari della concessione. Originariamente si aveva l'alternativa fra l'indicare il solo tenant iniziale, precisando eventualmente (ma la precisazione non era necessaria) che la concessione era limitata alla sua vita ("estate for life"), e l'indicare invece tale tenant e i suoi eredi ("estate in free simple")<sup>218</sup>. Con uno statuto del 1295 fu

---

signore. Col tempo essa venne a essere riservata, come la gran sergeanty, a tenants in chief, non poté venire più concessa da mesme lords.

<sup>213</sup> C'era infatti un'altra tenure, ossia il "customary freehold" o "privileged copyhold", che si distingueva dal *villeinage*, perché il suo perdurare non era fatto dipendere dalla mera volontà del signore

<sup>214</sup> Il nuovo nome sorse quando il trasferimento del godimento da parte del tenant, che era soggetto all'autorizzazione del signore, cominciò a essere semplicemente registrato nei libri della corte signorile senza bisogno di autorizzazione e l'acquirente ricevette una copia della registrazione, in modo che lui si disse: "he holds by copy of the court roll" (W.S. HOLSWORTH, *History*, III, 247 s.)

<sup>215</sup> Si diceva perciò che il tenant godeva "at the will of the lord and according to the custom of the manor". Le controversie fra lord e tenant erano decise dalla "court" dello stesso lord. Ma alla fine del XV sec. le corti regie cominciarono a esercitare la loro giurisdizione anche su tali controversie, pur applicando ad esse il "custom of the manor" (cfr. W.S. HOLSWORTH, *History*, III, 206 ss. e, sulla precedente efficacia di tale custom, II, 30; 378 ss.)

<sup>216</sup> Cfr. *Year Book*, 20-I Edw. I.p. 20 dove nel senso di "estate" risulta usato il latino "status" (p. es. status in feodo simplici); per l'epoca immediatamente successiva cfr. inoltre TH. DE LITTLETON, *Tenures*, nella versione riprodotta e commentata da E. COKE, *The Institutes of the Law of England* (12 ed. London 1738) sect. I, f.1; e *passim* (v. in specie sect. 650, f. 345

<sup>217</sup> F. POLLOCK-F.M. MAITLAND, II, I; F.H. LAWSON, *Introduction*, in specie 77

<sup>218</sup> Gli eredi a cui ci si riferiva erano solo quelli legittimi, quelli cioè il cui diritto si fondava sulla parentela (in linea retta o collaterale) col tenant originario. La successione

ammessa una terza possibilità, quella di limitare la concessione agli eredi del tenant in linea retta (“estate in fee tail”); eventualmente restringendola a quelli della linea maschile (“fee tail male”) o a quelli della linea femminile (“fee tail female”) o ancora richiedendo la loro nascita da una certa madre (“special tail”). Come è chiaro, la durata della tenure veniva così a risultare più o meno lunga: in caso di indicazione del solo tenant o di concessione espressamente vitalizia, essa era ovviamente limitata al periodo in cui il tenant iniziale rimaneva in vita<sup>219</sup>; nel caso di “fee tail”, essa si protraeva finché si avevano discendenti del tipo previsto; nel caso poi di “fee simple”, il suo termine finale scadeva nel momento in cui veniva a mancare un qualsiasi erede legittimo (in linea retta o collaterale) dell’ultimo della catena di eredi legittimi che risaliva fino al tenant iniziale<sup>220</sup>. Se si verificava, per una di queste ragioni la fine della tenure, la terra tornava al signore concedente, ossia aveva luogo l’ “escheat”.

Fino al 1920 il titolare di una free tenure poteva creare, come si è detto, una seconda free tenure, concedendo in tutto o in parte la terra ad altro tenant secondo uno degli schemi previsti sopra e divenendo suo signore (“subinfeudation”). Naturalmente la durata della seconda tenure era subordinata a quella della prima, di cui rimaneva tenant il nuovo signore. Si era però anche affermata la possibilità che il tenant, invece di costruire una nuova tenure subordinata alla prima, trasmettesse semplicemente la propria tenure a un nuovo titolare, che prendesse il suo posto nel diritto di godimento e negli obblighi verso il signore. Nonostante le resistenze dei signori, questa seconda possibilità fu definitivamente convalidata dallo statuto Quia emptores del 1920, il quale nello stesso tempo vietò qualsiasi nuova subinfeudation consistente nel creare una tenure in fee simple. Questa legge, pur consentendo ancora la sub-concessione di tenures for life o in tail, costituì un serio ostacolo alla creazione di nuove signorie intermedie (“mesme lordships”) e segnò l’inizio di un lento processo di riduzione di queste signorie. Il processo, favorito da ragioni economico-sociali<sup>221</sup>; raggiunge a distanza di secoli un’importante tappa col *Tenures*

---

testamentaria non era contemplata

<sup>219</sup> Poteva anche accadere, specie in ipotesi più complicate a cui si accennerà, che la vita contemplata fosse quella di un altro soggetto. Si avevano allora speciali *interest* “pur autre vie”

<sup>220</sup> Con apposita clausola si poteva per altro predisporre anche un’estinzione anticipata in dipendenza di un certo evento: invece che un fee simple “absolute”, si aveva allora un fee simple “determinable” oppure “defeasible”.

<sup>221</sup> Fra l’altro, le somme dovute in luogo dei servizi o di altri incidenti si svalutarono a causa del deprezzamento della moneta e non vennero rivalutate, cosicché molte signorie perdettero la loro utilità pratica e non vennero più esercitate, cadendo sostanzialmente in desuetudini.

*Abolition Act* del 1860, che soppresse vari benefici economici dei signori e della stessa Corona e convertì tutte le free tenures in “free and common socage”, vietando alla Corona di istituirne di diverse. Dopo altri secoli esso finalmente sfociò in Inghilterra nella legislazione del 1925, la quale trasformò anche le copyhold tenures in socage tenures (ora chiamate “free holds”), abolì gradualmente i residui vincoli a carico dei tenants (salvo quelli della grand e della petty sergeanty) e praticamente soppresse le superstiti signorie intermedie, lasciando sussistere solo la signoria suprema della Corona.

Naturalmente le leggi da ultimo menzionate non riguardarono gli Stati Uniti, né gli altri Paesi di *common law*, che prima della loro emanazione avevano acquistato autonomia giuridica dall’Inghilterra; ma la loro sostanza, pur con la diversità di vari dettagli, aveva già trovato parziale attuazione sia negli Stati Uniti, sia negli altri Paesi, proprio perché essi erano divenuti ordinamenti distintivi da quello inglese e perché le nuove strutture sociali ivi formatesi non lasciavano posto né a nobili né a veri “signori”.

Questa trasformazione tuttavia, mentre non importò la totale soppressione di quanto nel regime immobiliare risentiva ancora della tradizione feudale, lasciò comunque sopravvivere il principio per il quale il possesso della terra dipendeva e dipende da una concessione (grant) fatta originariamente del signore supremo, in quanto unico proprietario effettivo in ultima analisi di qualsiasi terra (e quindi di qualsiasi edificio). Pur subentrato al signore supremo (ossia il re) lo Stato repubblicano, questo ha assunto rispetto alla terra e agli immobili in genere la posizione di quello; e di conseguenza anche negli Stati Uniti e negli altri Paesi venutisi in tempi più recente a costruire in ordinamenti separati da quello inglese gli attuali titolari di *property interests* in land sono formalmente semplici “tenants”, come i destinatari originari dei relativi grants, e non hanno quindi la proprietà della terra che possiedono<sup>222</sup>.

---

D’altro canto, lo sfruttamento dei contadini, su cui finiva col fondarsi la piramide feudale, divenne sempre meno agevole per il miglioramento del loro status giuridico e la richiesta di mano d’opera che derivava dallo sviluppo di altre attività economiche. Su tutto il processo storico subito dagli incidents cfr. W.S. HOLDSWORTH, *History*, III, 54-73

<sup>222</sup> R.R. POWELL, I, § 158, che richiama anche (n. 9) gli accenni fatti dalle costituzioni di qualche Stato alla possibilità che i privati abbiano invece una proprietà “alloidale”; P.M. FOX, in G.W. PATON, *The Commonwealth of Australia* (London 1952), 133 ss. 117 s. E.J. HAUGHEY, in J.L. ROBSON, *New Zealand* (2 ed. London 1967), 389 ss., dove è, fra l’altro, sottolineata l’importanza del *Property Law Act 1952*, che, nel conservare le linee essenziali degli estates di *common law*, abolisce i loro aspetti più feudali e formalistici (come p. es. gli estates tail)

III. La scomparsa, formale o sostanziale, delle tenures ha fatto emergere in primo piano gli estates, ossia gli *interests* in land a contenuto generale, qualificati, come si è già detto, della loro durata<sup>223</sup>. Questa, a sua volta, dipendeva e dipende dal tenore del grant, come ora si è venuto a chiamare non solo l'atto originario di concessione, ma anche in genere l'atto di disposizione compiuto o dallo stesso concessionario o dai suoi eredi, a X e ai suoi discendenti, a X for life<sup>224</sup>. E ad essi corrispondono le tre figure fondamentali dell'estate in fee simple, dell'estate in fee tail e dell'estate for life. Deve notarsi che, quando fu riconosciuto al tenant il potere, non solo di concedere, a sua volta, la terra a un subtenant divenendo signore rispetto a questi, ma anche di trasferire semplicemente ad altri la sua situazione giuridica di tenant, le tre specie di estates poterono essere l'effetto anche di tale semplice atto di trasferimento, come lo sono tuttora nel diritto vigente<sup>225</sup>. Deve notarsi inoltre che già all'inizio del XIV sec. l'estate in fee simple, se non erano previste particolari condizioni risolutive (ossia se si trattava, come si dice, di un estate in fee simple "absolute" e non di un estate in fee simple "determinable" o "defeasible"<sup>226</sup>, venne ad avere una durata assai superiore a quella che risultava dal grant costitutivo, in quanto si ammise che esso si estinguesse (con conseguente "escheat" o devoluzione al signore originario), non già quando l'ultimo erede del tenant originario fosse morto senza avere a sua volta eredi, bensì solo quando fosse morto senza eredi l'ultimo erede o avente causa dell'ultimo fra gli eredi e gli

<sup>223</sup> Il concetto di estate, come si è osservato, risulta già noto agli Year Books del XIV sec. L'esistenza poi di un rapporto fra specie di estate e durata del godimento è un dato pacifico per tutti i *common lawyers*. Esso viene enunciato con particolare incisività da F.H. LAWSON, *Introduction*, 67, quando dice che "*the estate ... represent(s) the temporal aspect of the land as it were a fourth dimension*".

<sup>224</sup> Questi schemi venivano e vengono seguiti e sviluppati nei così detti "words of limitation", che costituivano e costituiscono la parte del tenore del grant, da cui dipendeva e dipende la specie di estate costituita. Sui words of limitation cfr. R.E. MEGARRY-H.R. WADE, 50 ss.; R.R. POWELL, II, § 180 (p. 20 ss.) 184 (33 ss.), 202 (90 ss.); e anche *infra*

<sup>225</sup> In Inghilterra la legislazione del 1925 ha modificato la natura degli estates tail e for life, rendendoli equitable *interest*. Negli Stati Uniti norme costituzionali o legislative di singoli Stati escludono o modificano l'efficacia degli atti costitutivi di estates tail, istituto, d'altro canto, ormai obsoleto. Lo stesso, come si è visto (. 449), in Nuova Zelanda

<sup>226</sup> Si aveva e si ha "determinable" fee simple, quando, in conseguenza di un dato evento futuro e incerto, era o è prevista l'estinzione automatica dell'estate; si aveva e si ha invece "defeasible" fee simple, chiamato anche fee simple "upon condition", quando, verificandosi l'evento, il costituente ("grantor") o il suo successore acquistava o acquista il *right of entry*, ossia il potere di provocare l'estinzione dell'estate e di ottenere la devoluzione a sé della terra (cfr. R.F. MEGARRY-H.W.R. WADE, 75 ss.; R.R. POWELL, II, §§ 187 ss. (p. 44 ss.)



aventi causa del tenant originario<sup>227</sup>. Così l'estate in fee simple absolute ha finito con l'essere sostanzialmente un *interest* perpetuo, verificatosi con l'escheat in favore del signore (ossia ormai unicamente a favore della Corona o dello Stato). In pratica negli stessi casi in cui nei sistemi civilistici si avrebbe la devoluzione allo Stato, o ad enti equiparati dei beni appartenuti ad un defunto<sup>228</sup>. Sotto l'aspetto della durata dell'estate in fee simple absolute non è dunque in nulla diverso dalla proprietà nel senso civilistico del termine. Può invece considerarsi teoricamente diverso da essa sotto l'aspetto del contenuto. La differenza era percettibile in linea pratica, quando l'estate si innestava su una tenure effettivamente operante. Allora il tenant aveva obblighi verso il signore e costui potere nei confronti del tenant che gli consentivano determinate ingerenze nella cosa; e gli uni e gli altri non trovavano riscontro in quella che sarebbe stata la situazione di un proprietario e impedivano che la terra in questione risultasse appartenente al tenant. Se di proprietà della terra doveva parlarsi, questa formalmente era da riconoscersi in ultima analisi soltanto alla Corona. Divenuti per altro gli obblighi del tenant e i poteri del signore sempre meno numerosi, anche per opera di leggi, e scaduta la loro consistenza economica a un livello irrilevante, la differenza tra estate in fee simple absolute e proprietà ha finito con l'essere in pratica impercettibile. Tuttavia nemmeno dopo questa evoluzione si è giunti ad equiparare la prima alla seconda, non solo perché è rimasta l'idea fondamentale della proprietà eminente della Corona o dello Stato sulla terra, ma anche (e forse soprattutto) perché il concetto di estate e le sue distinzioni in specie e sottospecie erano stati così finemente elaborati dai giudici e dai giuristi inglese in un'epoca in cui nessuna identificazione dell'estate in fee simple absolute con la proprietà era concepibile, che un'eventuale rinuncia a queste costruzioni giuridiche

<sup>227</sup> In questo senso si esprime la sentenza del 1306 (Y.S. 33-35 Edw. I (R.S.) 362) ricordata da W.S. HOLDSWORTH, *History* III, 106 ss. Il principio a cui essa si ispirò costituì, almeno formalmente, una deroga a quello per cui nessuno può trasmettere ad altri un diritto più ampio (o più duraturo) del suo. Un'analoga deroga si ebbe più tardi, verso la fine del XV sec., quando si congegnarono espedienti processuali, grazie a cui un tenant in tail, titolare di un diritto destinato a estinguersi con la morte dell'ultimo suo discendente, poté trasmettere ad altri un'estate in fee simple (cfr. R.E. MEGARRY-H.W.R. WADE, 87 s. e, per le ripercussioni negli Stati Uniti, R.R. POWELL, II, § 196 (p. 74 ss.))

<sup>228</sup> Cfr. CC francese art. 768; CC italiano art. 586; CC austriaco § 768; CC tedesco § 1936; CC svizzero art. 466. È da notare che queste norme a differenza del regime degli estates, non riguardano i soli immobili, ma tutti i beni già appartenuti al defunto. Il principio, d'altro canto, che i "bona vacantia", ossia il patrimonio di un defunto rimasto senza eredi, si devolvono allo Stato risale nei sistemi civilistici al diritto romano e in ispecie alla *leics Iulia caducaria* del tempo di Augusto (Tit. II 28,7)

(inevitabile conseguenza di una identificazione che si fosse successivamente potuta fare, tra le due figure giuridiche) sarebbe apparsa un'inaccettabile impoverimento anche sul piano delle soluzioni pratiche<sup>229</sup>. Ci si sarebbe forse potuti servire della distinzione che i giuristi del continente europeo fino alla Rivoluzione francese facevano tra dominio diretto (o *domaine de supériorité* o *Obereigentum*) e dominio utile (o *domaine utile* o *Nutzungs-* o *Unter-eigentum*) e parlare a proposito dell'estate in *fee simple absolute* o anche di altri *estates* di "dominio utile". Ma né tale distinzione, né comunque, la figura del dominio utile facevano parte del patrimonio concettuale dei giudici e giuristi inglesi, i quali evitarono di vedere negli *estates* una qualsiasi forma di proprietà, anche se non di rado indicarono parlarono e parlano di "ownership on estate (of an *interest*)" e di "estate" "owner"<sup>230</sup>. Occorre infatti tenere presente che, dal 1306 in poi<sup>231</sup>, chi costituisce un'estate *for life* è normalmente un *tenant in fee simple* o un *tenant in tail*, che lo ricava e in certo senso lo estrae dal suo diritto, in attesa di ricongiungerlo a questo con la morte del *tenant for life*<sup>232</sup>. Ma nemmeno questa interpretazione, senza dubbio più realistica, coglie nel senso. Non solo manca il presupposto che l'estate in *fee simple* e quello in *tail* siano autentiche proprietà, ma inoltre e soprattutto i vari *estates*, in quanto porzioni temporali del godimento totale della terra, risultano qualitativamente omogenei fra di loro, nonostante certe restrizioni subite, come si vedrà, dal *tenant for life*; essi quindi non si contrappongono l'uno all'altro come nei sistemi civilistici un diritto su una cosa non propria si contrappone alla proprietà.

Questi sono precisamente il significato e le conseguenze del regime fondiario di *common law*, il quale, diversamente da quello civilistico, non

<sup>229</sup> Cfr. F.H. LAWSON, *Introduction*, 67 e *passim*; ID., *A common lawyers looks at the civil law* (Ann Arbor 1953), 109. Bisogna anche tenere conto dell'orgoglio nazionale che indubbiamente incoraggiò i giuristi inglesi a difendere la peculiarità dei loro concetti in materia di *real property* di fronte a qualsiasi minacciata recezione di principi civilistici.

<sup>230</sup> V. per tutti *American Restatement*, I, § 10 comment b) (p. 25 s.); questa terminologia risulta adottata anche dal legislatore: cf. p. es. l'inglese *Law of Property Act*, sect. I. Essa presuppone la nozione di "proprietà del diritto", dato che l'estate è appunto un diritto (cfr. F.H. LAWSON, *Introduction*, 89). La nozione non è aliena nemmeno a giuristi civilistici (v. *supra* n. 139); ma si tratta di una nozione generica e sostanzialmente atecnica, che è dubbio possa significare altro se non "titolarità del diritto" (e, quindi dell'estate) o, se si vuole "appartenenza del diritto (e quindi dell'estate)" al suo titolare. La nozione specifica e tecnica di proprietà nell'ambito del *property interests* significa invece "appartenenza del bene" (p. es. della terra) al titolare ed è quindi nozione ben altrimenti caratterizzata.

<sup>231</sup> v. *supra* nt. 225.

<sup>232</sup> Per l'estate *for life* occorre fare un discorso a parte

pone la proprietà al centro, ma anzi fa a meno della proprietà<sup>233</sup>. La suddetta omogeneità degli estates, la quale supera le differenze determinate dal loro diverso quantum temporale, è stata anche favorita dalla comune necessità, per il loro sorgere e il loro estrinsecarsi, di un particolare rapporto con la terra chiamato “seisin”<sup>234</sup>. In verità tanto il tenant in fee simple absolute e il tenenat in tail, da una parte, che il tenant for life, dall’altra, avevano la seisin; e quando dei primi due tenants costituiva ad altri un estate for life, veniva a perdere la seisin, che passava al tenant for life<sup>235</sup>.

Anche sotto questo aspetto si altererebbe la realtà giuridica costruita dai *common lawyers*, se si collocasse l’estate for life in una categoria (quella degli *interests* su cosa non propria) diversa da quella in cui si collocano l’estate in fee simple absolute determinable o defeasible e l’estate in tail.

Sono infatti tutti intertests che comportano la seisin e che anche per questo aspetto – come per gli altri prima indicati – risultano estranei alla contrapposizione tra proprietà e *interest* su cosa non propria.

Questa realtà giuridica non è stata alterata nemmeno dalla legislazione inglese del 25, che ha ristretto la categoria dei “legal estates” (ossia gli estates fondati sul diritto) all’estate in fee simple absolute e al term of

<sup>233</sup> Come non ci si debba lasciare trarre in inganno dall’impiego, che nondimeno i *common lawyers* fanno, dei termini “owner” “ownership” in materia di real *property*, si è cercato di spiegare alla nt. 228. dove si è rilevato che tali termini sono riferiti a estate. Lo stesso vale quando essi sono riferiti a *interest*

<sup>234</sup> Solo nel caso di copyhold il tenant, che era un contadino (villein), risultava privo di investitura feudale e non faceva parte della relativa gerarchia. Un’analoga signoria di fatto, in Francia sotto il nome praticamente uguale di “saisine”, in Germania sotto quello di “gewere”, era conosciuto nel medioevo dai regimi fondiari del continente europeo, influenzati come quello inglese da concezioni germaniche e dalle strutture feudali (cfr. F. OLIVIER MARTIN, *Histoire du droit français* (Paris 1948), 260 ss., 267; P. OURLIAC, J. DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit*, II (Paris 1961), 224 ss., 228 ss.; K.V. AMIRA-K.A. ECKARDT, *Germanisches Recht* (4 ed. Berlin 1967), 103 s., 105). In questi regimi fondiari tuttavia si formò bensì una nozione corrispondente a quella di “tenure”, ma non una paragonabile a “estate”, e non si ebbero comunque gli sviluppi che si sono messi in luce per l’Inghilterra. In Inghilterra, d’altro canto, la seisin venne col tempo sostituita dalla semplice “possession”, che era un concetto già usato per indicare il rapporto con la terra nel quale si trovava il concessionario di un lease, ossia il “lessee”. In proposito v. *infra*.

<sup>235</sup> Anche nell’ipotesi più semplice che, dopo la morte del tenant for life e l’estinzione del relativo estate, il godimento dovesse tornare a chi questo estate aveva costituito, che si avesse cioè una “reversion”, nel frattempo tale costituente in veste di “reversioner” sarebbe stato o sarebbe titolare di un estate in expectancy, ossia di un estate per definizione privo in antico di seisin e attualmente di possession. Diversa al riguardo la situazione di colui che nei sistemi civilistici rappresenterebbe, sotto certi aspetti, la figura corrispondente, ossia del nudo proprietario, poiché questi è tradizionalmente e concordemente considerato possessore (cfr. G. PUGLIESE, *Usufrutto*, 552)

years<sup>236</sup>, mentre ha trasferito il life estate e l'estate in tail, come l'estate in fee simple determinabile o defeasible, nella categoria degli "equitable estates" (ossia gli estates fondati sull'equity), presupponendo che essi siano sempre necessariamente costituiti da un "trust".

Senza dubbio si è rotta così l'omogeneità tra estate in fee simple absolute e altri estates (tranne il term of years) e si è accentuata la posizione preminente del primo, divenuto quindi ancora più simile alla proprietà. Tuttavia non vi è stata nessuna degradazione del life estate e degli altri minori estates al livello di *interests* su cosa non propria. Qualunque sia stato l'intendimento del legislatore inglese in quegli anni, certo esso non è stato, né direttamente né indirettamente, quello di contrapporre l'estate in fee simple absolute agli altri estates allo stesso modo in cui nei sistemi civilistici la proprietà viene contrapposta ai diritti su cosa non propria.

IV. Il generale orientamento dei sistemi di *common law* riguardo ai *property interests* in land ha influito anche sulla natura del "term of (for) years", che è l'*interests* derivante da un "Lease". "Lease" è il documento o l'atto compiuto attraverso il documento, con cui il titolare di un'estate concede ad un altro soggetto il pieno godimento della terra, o in genere, dell'immobile per un determinato periodo di tempo<sup>237</sup>. Questa concessione, ai tempi del feudalesimo, non aveva nulla di feudale, in quanto il concessionario ("lessee") non diventava vassallo del concedente ("lessor") e non si inseriva nella gerarchia feudale.

Il rapporto fra lessor e lessee era essenzialmente affittuario, e il lessee era di regola tenuto a pagare un canone ("rent")<sup>238</sup>; ma il lessor (chiamato

<sup>236</sup> Su questo particolare estate v. *infra* in questo paragrafo.

<sup>237</sup> La determinazione di questa durata, (la quale era il tratto caratteristico del lease rispetto ad altri concessionari) poteva essere tanto espressa e diretta (p.es. un certo numero di anni) quanto inespressa e indiretta, come nei casi di *tenancies at will o at sufferance*, in cui il *lease* risulta da una volontà non formalmente manifestata o dalla semplice tolleranza del concedente, il quale quindi è autorizzato dal diritto a dare la disdetta quando voglia. Simile sotto questo aspetto è il leases a anno, a mese o a settimana (*yearly, monthly, weekly tenancies*), che si rinnovano di periodo in periodo, salvo che si dia disdetta entro un termine fissato dalle parti o stabilito dal diritto. Quanto poi sono vari i modi di determinazione del periodo di godimento, altrettanto varia è la lunghezza di questo periodo, che va da una settimana fino a centinaia di anni, e proprio la possibilità di una così lunga durata è ciò che ha contribuito a conferire al diritto sorto dal lease, inizialmente considerato di mera natura contrattuale, i caratteri della realtà e a farlo includere fra gli estates o i *property interest* in land, come si spiega più innanzi.

<sup>238</sup> R.E. MEGARRY-H.W. WADE, 606, 644 ss.R.R. POWELL, II, § 220 ss. È da notare che un lease senza assunzione da parte del lessee dell'obbligo di pagare un canone era ed è valido, ma che l'interpretazione affermatasi *Gibson v. Kirk*, (1841) W.B. 850; Foa L.T. 403-414)

di solito significativamente “landlord”) aveva una posizione sociale (e di riflesso giuridica) superiore a quella del lessee (non meno, in sostanza, di quanto il signore fosse superiore ad altri tenants prima menzionati); e infatti, in caso di inadempimento del lessee, il lessor poteva (e può tuttora, ma con alcuni limiti) impadronirsi, senza giudizio e con la forza, dei chattels del lessee (“distress”)<sup>239</sup>. Il lessee, per parte sua, anche se espulso dall’immobile per opera di un terzo, non poteva in origine agire in giudizio che contro il lessor e se non per chiedergli il risarcimento dei danni, e risultava quindi titolare di un semplice “rights in personam”.

Coerentemente il lease venne assimilato a un contract<sup>240</sup>. Appaiono dunque evidente i già accennati punti di contatto fra lease e locazione dei sistemi civilistici<sup>241</sup>.

Tuttavia col tempo il lessee potè anche recuperare materialmente il bene e agire inoltre, non solo contro il lessor, ma anche contro i terzi (in specie contro gli aventi causa del lessor). E questa trasformazione, perfezionatasi nella prima metà del XVI secolo<sup>242</sup>, si riverberò sulla natura dell’*interest* attribuito al lessee, che venne ad essere considerato una estate (“estate for years” detto anche “term of years” o “leasehold *interest*”). Poiché però il lease era stato estraneo in origine al regime feudale e aveva avuto inizialmente efficacia soltanto obbligatoria, il nuovo estate non fu incluso nella real *property*, ma rimase *personal property*. Di qui la sua contraddittoria qualifica

---

è nel senso che il canone è comunque dovuto, a meno che le circostanze non indichino il contrario (R.E. MEGARRY-H.W.R. WADE, 668). R.R. POWELL, II, § 230 (1) (p. 294 ss.) riferisce che l’Uniform Rentid Landlor and Tenant Act, §1 401 (b) (1972) considerato dovuto, in mancanza di accordo un rent pari all’equo valore locativo dell’unità abitativa

<sup>239</sup> R.E. MEGARRY-H.W.R. WADE, 669 ss. Il mancato pagamento del canone dovuto può anche essere causa dell’estinzione (“*forfeiture*”) del rapporto e quindi del diritto del lessee (AA. *cit.*, 644 ss.; R.R. POWELL, II, § 247 ss. 53).

<sup>240</sup> Come si è detto, poteva aversi contract, anche se il lessee non assumeva né l’obbligo di pagare un canone né altri obblighi; col tempo questi obblighi si considerarono per altro esistenti, a meno che non si fosse sia pure implicitamente pattuito il contrario (R.E. MEGARRY-H.W.R. WADE, 663 ss.). Deve in ogni modo notarsi che l’assunzione esplicita di obblighi da parte del lessee e anche da parte del lessor suole avvenire con pattuizione distinte dall’atto costitutivo del lease, chiamata *covenants*. Ora se le parti si siano in precedenza impegnate con un contratto a costituire il lease, e questo venga poi costituito senza l’aggiunta di *covenants*, le parti si ritengono avere l’una verso l’altra i diritti e gli obblighi che risulterebbero dagli *usual covenants*, come se li avessero implicitamente pattuiti (Aut. *cit.* 666 ss.).

<sup>241</sup> La locazione civilistica, tuttavia, e anche quella ammessa nei sistemi socialisti non sono valide, come tali, se il conduttore non assume l’obbligo di pagare un canone.

<sup>242</sup> Cfr. W.S. HOLDSWORTH, *History*, III, 217; VII, 4 ss., 238 ss.

di “chattel real”<sup>243</sup>, il lessee, d’altro canto, venne qualificato tenant<sup>244</sup>. Ciò, comunque, non impedì che le successive vicende storiche abbiano alla fine condotto in Inghilterra al risultato apparentemente paradossale di porre l’*estate for years* accanto all’*estate in fee simple absolute* come gli unici due superstiti “legal estates”.

L’equiparazione dell’*estate for years* (o *term of years*) agli altri *estates* con godimento immediato<sup>245</sup> in origine non fu completa, poiché questi ultimi, come si è detto, erano accompagnati dalla *seisin* che contemporaneamente veniva perduta dal soggetto che li costituiva, mentre l’*estate for years* non era accompagnato dalla *seisin*, che rimaneva in capo al concedente<sup>246</sup>. La differenza è venuta col tempo a svanire per effetto della decadenza della *seisin*, soppiantata in pratica dal possesso; infatti anche il *tenant for years*, come gli altri *tenants* di cui si è parlato, ha il possesso<sup>247</sup>. Una differenza tuttavia rimane tra questi ultimi *tenants* e il primo, giacché gli uni, cominciando a possedere, escludono il permanere del possesso in capo al costituente, mentre l’altro non lo esclude, e infatti il *lessor*, pur avendo la natura di un *reversioner* (ossia del titolare di un *estate in expectancy*, come è per esempio chi, avendo costituito una *estate for life*, è previsto che riacquisterà il godimento dell’immobile dopo la morte del *tenant*), è considerato nondimeno anch’egli possessore<sup>248</sup>.

<sup>243</sup> V. *supra* cap. I, nt. 18.

<sup>244</sup> Basti tener presente che spesso il diritto regolante i rapporti fra *lessor* e *lessee* viene indicato come “the *law of landlord and tenant*” (cfr. p. es. W.S. HOLDWORTH, *History*, VII, 238 ss, nonché il *Landlord and Tenant Act*. 1927). In sostanza, il linguaggio in uso dal sec. XVI in poi indica il lessee come il “tenant” per eccellenza, sebbene egli non sia mai stato titolare di una “tenure” in senso feudale.

<sup>245</sup> Ci si riferisce naturalmente a un *lease* in cui non sia prevista una dilazione nell’inizio del godimento, dilazione che invece poteva e può essere pattuita, ma che in Inghilterra per il *Law of Property Act* 1925 sect. 149 non deve eccedere i 21 anni. Sul tema, relativamente agli Stati Uniti, R.R. POWELL, II, § 225.

<sup>246</sup> Questa, come si è già notato, è ritenuta una conseguenza dell’estraneità del *lease* al regime feudale e quindi al *real property*. Nella *personal property*, a cui il *lease* apparteneva, il rapporto di fatto con la cosa era considerato “possession”.

<sup>247</sup> Il conferimento del possesso, pur non chiamato *seisin*, era ed è infatti essenziale per i perfezionamento del *lease* (cfr. R.E. MEGARRY - H.W.R. WADE, 607).

<sup>248</sup> . Cfr. F.H. LAWSON, *Introduction*, 34, 119, secondo il quale il *landlord* è possessore, in quanto titolare in precedenza di un *estate possession*, da cui ha ricavato il *term of years* per il *tenant*, ma di cui conserva la titolarità. La conservazione del possesso da parte sua non è però soltanto una finzione logica, ma una realtà, in quanto egli gode attualmente i vantaggi del suo *estate* attraverso la percezione del canone. C’è dunque, circa la conservazione del possesso da parte del *landlord* e rispettivamente da parte del locatore, una convergenza dei sistemi di *common law* coi sistemi civilistici e viceversa. Ma, se ben si guarda, la motivazione

Il diritto del lessee sull'immobile, dunque, dopo la svolta avvenuta nel XVI sec., non è più semplicemente contrattuale o obbligatorio, ma essendo divenuto opponibile a tutti, ha acquistato indubbi caratteri di realtà e deve includersi tra i *property interests*. D'altro canto, esso presenta peculiarità rispetto agli estates di cui si è prima parlato, sia sotto l'aspetto dell'origine storica, sia per quanto concerne l'attuale disciplina giuridica. Tuttavia, una volta che esso ha ottenuto la qualifica di estate, non si può non riconoscergli, a prescindere da vari dettagli, una struttura di fondo analoga a quella degli altri estates e non si può quindi non considerarlo, come questi, un quantum temporale di godimento, non assimilabile, né alla proprietà, né a un diritto reale (o *property interest*) su un bene non proprio.

V. L'omogeneità di fondo dei vari estates l'uno rispetto all'altro, in quanto porzioni temporali, finite o indefinite e di più o meno lunga durata, del godimento del totale della terra, non deve fare dimenticare la possibilità che, proprio a causa della loro diversa durata, essi differiscano tra loro anche per il contenuto.

Vi sono in realtà differenze relative al potere di disporre; e se queste differenze sono state per lo più annullate col conferimento ai tenants del potere di costruire *interests* ad essi spettante<sup>249</sup>, esse per lo meno sussistono ancora per quanto riguarda il tenant for years, il quale può bensì trasferire ad altri il suo diritto mediante "assignment" e anche costituire un "sublease"<sup>250</sup>, ma con efficacia limitata nel tempo come il suo diritto stesso. Altre differenze riguardano le facoltà e le pretese. Basta pensare all'esempio del tenant for life e del tenant for years, i quali, a causa della più breve durata dei loro estates e delle corrispondenti aspettative dei titolari degli

---

e la stessa sostanza del fenomeno sono diverse. Nei sistemi civilistici infatti il locatore conserva il possesso perché il conduttore possiede (anche) per lui, e il possesso di questi si riferisce direttamente all'immobile dato in godimento al conduttore. Nei sistemi di *common law* non si può dire che il tenant possieda (anche) per il landlord, né che il possesso di questi si riferisca immediatamente all'immobile, poiché è vero invece che il landlord non possiede l'immobile e che è possessore solo in quanto esercita attualmente (in massima la percezione del canone) taluni diritti compresi nell'estate di cui è rimasto titolare

<sup>249</sup> Questo processo storico, che, cominciato con la decisione del 1306 relativa al tenant in fee simple, era proseguito alla fine del sec. XV col riconoscimento anche al tenant in tail del potere di trasmettere, mediante vari espedienti, un estate in fee simple (v. *supra* n. 228), è stato coronato in Inghilterra con la legislazione del '25, che ha conferito in sostanza un uguale potere al tenant for life (v. *infra* in questo paragrafo).

<sup>250</sup> R.E. MEGARRY - H.W.R. WADE, 636 ss.; R.R. POWELL, II, § 245. È evidente che con l'*assignment* il tenant for years attribuisce all'acquirente un estate uguale al suo, avente quindi la stessa durata, mentre col *sublease* può costituire per il subtenant un estate di durata più breve.

estates successivi possono essere soggetti nelle loro facoltà ai limiti derivanti dalla regola che impone ad essi di non causare waste<sup>251</sup>, mentre il tenant in fee simple e il tenant in tail non vi sono soggetti.

VI. Occorre ora, per completare l'esame del *property interests* di *common law*, fermare un momento l'attenzione sugli estates successivi appena menzionati. Si tratta di estates relativi a un godimento futuro, i quali sono la necessaria conseguenza della limitazione nel tempo degli estates con godimento attuale. Questa limitazione riguarda, come si è visto, molti e, in teoria, tutti gli estates; ma quelli in cui essa è più marcata e risulta essenzialmente inevitabile sono il life estate e l'estate for years.

Di conseguenza, se alcuno è life tenant o tenant for years, un altro tenant gli deve regolarmente subentrare al momento in cui il primo estate si distingue<sup>252</sup>. Il nuovo tenant può essere lo stesso costituente e si ha allora la cosiddetta *reversion*; ma, in caso di estate for life può essere anche un altro soggetto designato dal costituente (di regola un "settlement"), si ha allora il cosiddetto "*remainder*", il quale, a sua volta, può essere stabilito sia in fee simple, sia in tail o for life<sup>253</sup>.

Reversion e remainder sono correttamente qualificati "*future interests*" o "*estates in expectancy*". Ma in realtà essi non sono ritenuti mere aspettative di diritti e nemmeno diritti futuri, bensì estates già esistenti relativi a un godimento futuro.

Naturalmente c'è differenza tra essi e gli estates suscettibili di esercizio immediato. È vero che gli estates di entrambe le categorie si dice che sono

<sup>251</sup> R.E. MEGARRY - H.W.R. WADE, 104 ss.; R.R. POWELL, II, §§206; 233. V § 636. Una certa differenza sussiste inoltre fra il tenant for life e il tenant for years (con conseguenti differenze del contenuto tra i due estates) poiché il primo è più facilmente esentato da date responsabilità (è cioè più facilmente "uninpeachable") che non il secondo e poiché il secondo è responsabile del "permissive waste" (ossia di omissione di quel che doveva fare, come p. es. delle riparazioni di edifici e altre opere), che invece non suole venire imputato al tenant for life. Circa poi il confronto fra gli obblighi del tenant for life a titolo di waste e gli obblighi di conservazione della cosa a carico dell'usufruttuario civilistico cfr. G. PUGLIESE, *On Roman Usufruct* 40 *Tulane Law Rev.* 530 ss. 17 (1966).

<sup>252</sup> L'estinzione a cui si pensa in caso di estate vitalizio è quella causata dalla morte del tenant (estate for life) o di quell'altra persona alla cui vita l'estate può essere legato (estate pur autre vie); in caso di estate for years è la scadenza del termine finale convenuto. Bisogna tenere presente che, come si è già accennato, il tenant for life potrebbe in vita avere costituito sull'immobile a favore di un altro soggetto un estate in fee simple esente da estinzione. La morte di quel tenant rimane destinata nondimeno a produrre dati effetti, come si vedrà

<sup>253</sup> R.E. MEGARRY-H.W.R. WADE, 182 ss.; 186 ss. L.M. SIMES, *Handbook on the Law of Future Interests* (St. Paul Minnesota 1951) 28, 262 ss.; R.R. POWELL, III § 274. Per semplicità di esposizione non vengono qui considerate due altre specie di *future interests*; "powers of termination" e "*executory interests*" al riguardo cfr. R.R. POWELL, II, S § 272, 279.



“vested” (ossia già costituiti e già acquistati dal loro titolare)<sup>254</sup>; ma quelli con esercizio immediato erano in passato accompagnati dalla *seisin* e danno comunque, oggi diritto al possesso della terra, onde si dice che sono “estates in possession”, mentre gli altri non conferiscono attualmente nessun diritto al possesso, onde si dice che sono “estates in *interests*” (o, come si è già notato, “in *expectancy*”). Da questa differenza costituita dalla diversità temporale della fetta di godimento a cui gli estates in *interest* danno diritto rispetto a quella a cui danno diritto gli estates in possession (una fetta futura, invece che una fetta presente ne deriva un'altra).

Simmetricamente infatti a quanto si è notato per i tenants for life e for years, il reversioner e il remainderman hanno già attualmente un minimo di attribuzioni, che servono per lo più a impedire pregiudizi al futuro godimento<sup>255</sup> e che, come è naturale, non spettano al titolare di estates in possession.

Per converso, reversioner e remainderman finiscono con l'aver oggi in Inghilterra, anche con riferimento al futuro, minori attribuzioni di un tenant in possession, poiché dopo la legislazione del 1925 non possono impedire che il tenant for life, esercitando gli statutory powers da esse conferitigli converta il loro diritto di godimento dell'immobile nel mero diritto a una somma di denaro<sup>256</sup>. Viene dunque confermato che le differenze tra i vari estates (differenze di durata del godimento, differenze del momento di inizio di tale godimento) si possono anche tradurre in non trascurabili differenze di contenuto.

VII. La legislazione inglese del 1925, a cui si è più volte fatto richiamo, ha ampiamente riformato i principi di *common law* e legislativi in materia di real *property* e, fra l'altro, ha ridotto a due i legal estates (ossia gli estates

<sup>254</sup> Diversamente regolato è il remainder sottoposto a condizione, come p. es. quello a favore del figlio maggiore di X quando abbia compiuto 21 anni. Infatti, prima che tale soggetto compia i 21 anni, il remainder a suo favore non è ancora esistente (e quindi non è ancora vested), ma costituisce un contingent *interest* che potrebbe anche non realizzarsi mai (per altre conseguenze previste in passato cfr. R.E. MEGARRY-H.W.R. WADE, 177 s.). Le reversions invece non possono essere sottoposte a condizioni di tale tipo; per questo si dice che “all reversions are vested” (W. CRUISE, *A Digest of the Laws of England* (4 ed. London 1835), II, 336).

<sup>255</sup> Si tratta come è evidente, dell'altra faccia dei limiti posti al tenant for life, specie del *law of waste*: reversioner e remainderman hanno il potere di controllare l'osservanza di quei limiti e di promuovere l'applicazione delle relative sanzioni in materia. Cfr. L.M. SIMES, *Handbook*, 132 ss.; *American Restatement*, § 130 ss.; R.R. POWELL, V, § 638 ss. e Febr, 1979, *Cumulative Supplement*, 3-4

<sup>256</sup> Su questi poteri del tenant for life, già in precedenza (n. 476) accennati, v. *infra* in questo par.

fondati sulla *law*=diritto), riconoscendo questa natura soltanto all'estate in fee simple absolute e al term of years (o estate for years)<sup>257</sup>, mentre ha convertito in equitable estates (ossia estates fondati sull'*equity*) tutti gli altri, in ispecie l'estate in fee simple determinable o defeasible, l'estate tail, l'estate for life, la reversion, il remainder.

Equitable estates esistevano già da secoli in Inghilterra, come attualmente esistono anche in quei Paesi in cui la predetta legislazione non si applica. Essi potevano essere costituiti prima del 1535 mediante un atto che, trasferendo un'estate in fee simple a un soggetto; precisava che ciò era fatto "to the use" di un altro soggetto: "to B and his heirs to the use of C and his heirs"<sup>258</sup>. La destinazione a favore di C e dei suoi eredi, dopo aver creato dapprima un obbligo morale, fu resa giuridicamente vincolante verso l'inizio del XV sec. dal Lord Chancellor (portavoce dell'*equity*, la quale, fra l'altro, richiedeva l'osservanza degli obblighi morali), in modo che C o chi gli succedeva venne ad avere un equitable estate, mentre B diveniva titolare del legal estate ad aveva la seisin. Ciò serviva prevalentemente ad eludere gli obblighi feudali verso il signore, nonché, in definitiva, verso la Corona<sup>259</sup>; e quando vi fu un re abbastanza forte, Enrico VIII, da non tollerare tale elusione, questa fu impedita con uno statuto (lo Statute of Uses 1535), il quale stabilì che il beneficiario C fosse da considerarsi investito della seisin e titolare del legal estate, mentre B veniva privato di ogni diritto. Così con la formula predetta si creava direttamente un legal estate in capo a C. Se poi si fosse disposto "to B and his heirs to the use of C and his heirs to the use of D and his heirs", il risultato sarebbe stato il medesimo, poiché il use

<sup>257</sup> È un po' paradossale che questo estate, sorto come diritto contrattuale del tutto estraneo alla real *property*, e solo col contrattuale del tutto estraneo alla real *property*, e solo col tempo divenuto opponibile ai terzi e riconosciuto poi come estate (ma in una posizione ambigua denunciata dalla sua inclusione tra i "chattels real") alla fine sia rimasto unico legal estate accanto all'estate in fee simple absolute (che, come si è detto, equivale sostanzialmente alla proprietà). In realtà, a parte le trasformazioni economiche e sociali che, dal Quattrocento in poi, hanno quasi costantemente accresciuto l'importanza pratica del lease e del term of years che ne deriva, la soluzione adottata dal legislatore inglese ha in prevalenza ragioni tecniche, nel senso che esso ha giudicato la struttura tradizionale di questo term, fondata sul diritto, idonea allo svolgimento della sua funzione economico-sociale, mentre ha ritenuto che gli altri estates (tranne il fee simple absolute) operassero meglio attraverso un trust e col fondamento dell'*equity*

<sup>258</sup> "To the use" è la versione inglese dell'antico Law French "al oes" o "al ues", a sua volta derivato dal latino "ad opus" (cfr. F.W. MAITLAND, *Equity* (ed. a cura di Brunyate, Cambridge 1936), 24). La formula deve quindi tradursi "nell'interesse di" "a favore di", e non "per l'uso di".

<sup>259</sup> Per la spiegazione cfr. W.S. HOLDWORTH, *History*, IV, 423, 446; F.W. MAITLAND, *Equity*, 26 s.

a D, in quanto “use upon a use”, non avrebbe avuto alcun effetto.

Quest’ultima regola fu però successivamente modificata e nel corso del XVII sec. si ammise che il secondo use, ai sensi dello Statute of Uses, fosse tuttavia fonte di un obbligo di coscienza, la cui osservanza alla fine di quel secolo era ormai costantemente imposta dallo stesso Chancellor. Così con una disposizione a favore di B in fee simple “to the use of C and his heirs in trust<sup>260</sup> for D and his heirs” si creavano contemporaneamente due estates: uno legale in capo a C, uno equitativo in capo a D, C essendo “trustee” rispetto a D, “cestui que trust” (o “beneficiary”). Successivamente, per effetto di pronunzie giudiziarie e riforme legislative, la formulazione dell’atto costitutivo del trust venne più o meno profondamente semplificata. La maggiore semplificazione è quella conseguente alla riforma legislativa inglese del 1925, la quale, fra l’altro, abrogò lo Statute of Uses<sup>261</sup> e permise così di disporre nel modo più diretto: “to B in fee simple in trust of C (in fee simple o for life o in tail)”. Si deve, del resto, tenere presente che un trust può di regola essere costituito anche da chi, titolare di un estate, dichiara se stesso trustee di un altro soggetto e persino in modo tacito o indiretto (*constructive creation*), in modo che il problema della formulazione può divenire poco o punto rilevante<sup>262</sup>.

La caratteristica essenziale del trust, come emerge da quanto si è detto, è la scissione della titolarità degli estates. Si sa che di per sé gli estates rappresentano una frazione temporale del potere di godere e disporre della terra o dell’immobile. Col trust si ha in sostanza un ulteriore frazionamento, ma sotto un altro profilo, in quanto la titolarità di un estate viene a dividersi in legale e equitativa. Ciò serve a raggiungere una serie di scopi<sup>263</sup>; e in relazioni ad essi la posizione rispettiva del trustee

<sup>260</sup> Si preferirono in questa seconda parte della clausola le parole “in trust for”, perché evitano l’equivoco che si volesse creare, anche in favore di D, un legal estate in applicazione dello Statute of Uses. Col termine “trust” si rendeva chiaro che si mirava a conferire solo a D un equitable estate (sul riconoscimento di questa efficacia alla clausola nel corso del XVII sec., cfr. W.S. HOLDSWORTH, VI, 641. S.).

<sup>261</sup> Negli Stati Uniti, dove naturalmente la riforma inglese non era di per sé applicabile e non fu nemmeno imitata, lo Statute of Uses, che direttamente o indirettamente era stato recepito in parecchie giurisdizioni statali è rimasto formalmente in vigore con esse (cfr. *American Restatement of the Law of Trusts-Second* (St. Paul Minn, 1959 § 67). Nemmeno in Australia la riforma inglese fu introdotta (P.M. FOX, in G.W. PATON, *Australia*, 114), mentre in Nuova Zelanda il Trust Act 1956 seguì da vicino le norme inglesi allora in vigore (E.J. HAUGHEY in J.L. ROBSON, *New Zealand*, 408).

<sup>262</sup> W.F. FRETCHER, *Intern., Enc.* VI, II, 29-30; R.R. POWELL, V, § 506 (il vigore formale dello Statute of Uses non ha quindi pratica importanza per questo aspetto)

<sup>263</sup> Se ne veda un analitico elenco W.F. FRETCHER, *loc. cit.*, I

ha il potere di amministrare e disporre, mentre il beneficiary, come dice il nome, ha la facoltà di godimento, o almeno, il diritto al reddito e agli altri proventi ricavati dal bene ed è privo del potere di disporre. Al di là della diversa natura, legale o equitativa, del loro estate, trustee e beneficiary finiscono con l'aver diritti di diverso contenuto. Ora una simile differenza di contenuto fra i diritti facenti capo a due distinti soggetti relativamente a un dato bene o a un dato complesso di beni può ottenersi anche in sistemi diversi da quelli di *common law* o con strumenti diversi dal trust<sup>264</sup>. Ma solo nei sistemi di *common law*, che conoscono la distinzione tra *law* e l'*equity*, e solo con lo strumento del trust, che di questa distinzione si avvale, la

<sup>264</sup> Così nei sistemi civilistici lo sdoppiamento fra chi ha il potere di disporre e chi ha le facoltà e i diritti di godimento può ottenersi (oltre che con le varie forme di rappresentanza che risulterebbero per altro insufficienti) col costituire la persona giuridica "fondazione" (Stiftung, Stichting); e inoltre la successione nel tempo di più beneficiari dello stesso bene o dello stesso patrimonio può essere disposta e regolata, almeno in teoria, con la sostituzione fedecommissaria (cfr. J.A.C. THOMAS, *Perpetuities and Fideicommissary Substitutions*, 5 *Rev. Intern. Des Droits de l'Ant.* (3<sup>o</sup> Série), 571 ss.(1958). D'altro canto, molti sistemi civilistici ammettono la "fiducia" (Truehand), con la quale un soggetto riceve la proprietà da un altro soggetto col vincolo verso costui di servirsi di tale proprietà solo per un certo scopo (di solito garanzia per sé, o amministrazione del bene nell'interesse del trasferente) e a ritrasferirglielo dopo il raggiungimento o il venir meno dello scopo (eventi che possono essere previsti come condizioni risolutive dotate di efficacia reale). In questi vari casi manca tuttavia la scissione della proprietà (o di un analogo *property interest*) in due forme distinte spettanti contemporaneamente a due distinte categorie di soggetti, poiché, mentre il fiduciario ha la proprietà, il fiduciante tutt'al più (in particolare se è stata pattuita l'anzidetta condizione risolutiva) ha un'aspettativa di riacquisto, capace di essere fatta valere verso i terzi, ma non assimilabile a una forma di proprietà (cfr. H.EICHLER, II, I, 127 ss.; 135 ss.; F.BAUR, §§ 4, I, ss. b. 57, VI, 1901). Nemmeno l'istituto civilistico più affine funzionalmente al trust, ossia l'olandese "bewind" (su cui C. ASSER, *Burgerlijk Recht*, II, 352 ss. e, per la nuova e più ampia figura che esso dovrebbe assumere nel nuovo CC, A.S. HARTKAMP, *Compendium*, 83 ss.; 93 ss) determina effettivamente una simile scissione di proprietà o di *property interest*. Fuori dei sistemi civilistici l'istituto che si ritiene meglio corrispondente al trust e che anzi si è supposto possa esserne stato il modello (cfr. THOMAS, *Note on the Origin of Uses and trusts – Waaf*, ma anch'esso è simile al trust più per la funzione pratica che non per la struttura giuridica e gli accorgimenti tecnici con cui tale funzione viene svolta. Altro è il discorso da fare per i sistemi non di *common law* che a un certo momento, o per annessione o perché divenuti colonie o per ragioni politiche o economiche, sono entrati nella sfera di influenza di un Paese di *common law* (quali particolarmente l'Inghilterra e gli Stati Uniti), e sono divenuti, secondo quanto già si è visto, sistemi misti. In questi sistemi infatti, fra i quali devono menzionarsi la Scozia, la Louisiana, la Provincia del Quebec, il Sud Africa, le Filippine e Porto Rico, (e inoltre, sebbene non siano sistemi misti, quelli di alcuni Paesi dell'America Latina, come Messico, Guatemala, Venezuela) il trust di modello anglo-americano è stato più o meno ampiamente recepito. Su quest'ultimo punto v. W.F. FRETCHER, *Intern. Enc.* VI.,II.II-115, 120-123); su tutto l'argomento v. la bibliografia ivi citata a p. 116 (*List of principal Works*) (I). 1)

differenza predetta si esprime nella contrapposizione fra una titolarità legale e una titolarità equitativa dell'uno o dell'altro estate. E solo su questa base il diverso contenuto dei rispettivi diritti può servire, grazie agli accorgimenti e alla sensibilità dei *common lawyers*, a raggiungere tutti gli scopi a cui il trust è stato indirizzato.

Deve notarsi a riguardo che al beneficiary può attribuirsi in forma equitativa uno qualsiasi dei legal estates prima descritti: fee simple, tail, for life, reversion, remainder, ecc.

C'è dunque un ventaglio di possibilità, che si coordina con la varietà dei compiti attribuibili al trustee e si fonda sulla solida base di manovra costituita dal legal estate del trustee stesso. Tutto ciò ha consentito ai *common lawyers* di raggiungere attraverso il trust una vasta gamma di risultati socialmente utili. Tra essi merita di essere ricordato il succedersi nel tempo di più soggetti nel godimento degli immobili, regolamento chiamato "settlement".

Il settlement era possibile anche senza trust, ma il trust lo rese più flessibile e più aderente alla volontà del settlor, come agli interessi dei beneficiari. Ciò indica la ragione tecnica, per la quale l'inglese Settled Land Act del 1925, tenendo anche conto della prassi da tempo in atto, prescrisse che il settlement potesse farsi solo attraverso un trust e convertì in equitable estates, come si è detto, gli esistenti legal estates diversi dal fee simple absolute e dal term of years, predisponendo la nomina di un apposito o di appositi trustee, (in pratica infatti sono spesso più di uno).

I vari scopi che col trust possono raggiungersi, compreso quello, ora accennato, di regolare il succedersi nel tempo di vari soggetti nel godimento di dati beni, possono richiedere la costituzione di un "trust for sale". Il o i trustees vengono allora incaricati di vendere i beni a cui esso si riferisce (che possono essere beni singoli o, più spesso, beni di varia natura formanti un patrimonio) e di investire le somme di denaro nel modo più opportuno, destinandone i frutti ai beneficiari, i quali naturalmente hanno anche il previsto equitable *interest*<sup>265</sup> sul capitale. Oggetto di questi *interests* in definitiva non sono più gli specifici beni corporali, a cui inizialmente si era riferito il trust, bensì il "fund" come complesso di denaro e di altri beni destinati a variare nel tempo a seconda degli investimenti e dei realizzi effettuati dal o dai trustees<sup>266</sup>.

<sup>265</sup> L'atto costitutivo del trust stabilisce infatti quale è l'*interest* dei singoli beneficiari, che naturalmente rientra di solito nei tipi consolidati (fee simple, for life, remainder, ecc.) Uno schema di disposizione fra i più semplici è il sequent "to X and Y upon trust to sell the land and hold the proceeds upon trust for A's life with remainder to B absolutely".

<sup>266</sup> Sul fund F.H. LAWSON, *Introduction*, 51, 30 s. e *supra* sect. 12 II.

In sostanza gli *interests* dei beneficiaries finiscono con l'avere dal loro punto di vista, per oggetto, un valore pecuniario.

Ciò è tanto vero che, secondo un principio largamente accettato, la costituzione di un trust for sale relativamente a immobili conferisce ai beneficiaries, anche prima che gli immobili siano venduti, solo “*rights in personalty*”, in quanto il loro oggetto si considera fin dall'inizio costituito da “*personal*”, e non da “*real property*”<sup>267</sup>.

Il trust for sale ha accresciuto la sua importanza in Inghilterra dopo il 1925, poiché la più volte menzionata legislazione, con le integrazioni e le correzioni apportatevi dall'intestate's abbia disposto con testamento, a meno che non siano costituiti soltanto da denaro, vengono posti in trust for sale in capo ai “*personal representatives*” del defunto (ossia agli “*executors*” da lui designati o agli “*administrators*” nominati dal giudice), i quali sono tenuti a vendere i beni mobili e immobili, salvo (di regola) il mobilio e gli oggetti *personali*, a pagare col ricavato le spese, le imposte, gli eventuali debiti e gli eventuali legati, e a distribuire il resto tra gli aventi diritto (coniuge superstite, discendenti, altri parenti) secondo le norme di legge<sup>268</sup>.

### 9. *I property interests a contenuto generale in altri sistemi il cui regime immobiliare non è fondato sulla proprietà.*

I. I sistemi che vengono qui in considerazione, secondo quanto si è osservato retro, nel par. 5, IV sono quelli islamici, come si è allora precisato, hanno insieme i due fondamentali tipi di regimi immobiliari in rapporto alla specie di terre a cui ci si riferisce.

I sistemi tradizionali africani invece hanno ciascuno un solo regime immobiliare, ma gli uni (quelli che prima abbiamo chiamato “del secondo tipo”) lo hanno fondato sulla proprietà, gli altri (detti “del primo tipo”) riconoscono solo la proprietà di dati soggetti privilegiati (la comunità dominante, lo Stato, il sovrano, certe divinità, gli spiriti degli antenati), in modo che rispetto ai comuni soggetti il loro regime immobiliare prescinde dalla proprietà. Naturalmente la nostra attenzione si concentra

<sup>267</sup> Cfr. R.E. MEGARRY - H.W.R. WADE 280 s., 365 s.; R.R. POWELL, IV § 538

<sup>268</sup> Cfr. R.E. MEGARRY- H.W.R. WADE, 533 s. Questa applicazione del trust for sale porta dunque a risultati diversi da quelli sopra indicati, ossia la distribuzione dei proventi fra gli aventi diritto e non alla formazione di un *fund* che i trustees continuino ad amministrare e di cui dividano fra gli interessati soltanto gli utili.

ora, quanto ai sistemi islamici, sulle terre non suscettibili di proprietà e, quanto ai sistemi tradizionali africani, su quelli detti “del primo tipo”, che in precedenza abbiamo preso in considerazione.

Il discorso che si può fare al riguardo è molto più breve di quello fatto riguardo ai sistemi di *common law*. La ragione è costituita in parte dalle più ridotte conoscenze dell'autore, ma in parte anche dalla minore complessità dei regimi immobiliari qui considerati rispetto a quella del regime di *common law*.

Questa minore complessità, a sua volta, dipende da ragione economico-sociali e da ragioni dottrinali. Nei Paesi su cui nel corso dei secoli si estese il dominio politico e/o religioso-culturale dell'Islam non esistette mai un feudalesimo (salvo naturalmente che in quelli temporaneamente riconquistati dalla Cristianità con le crociate) e la dottrina giuridica, nelle sue varie Scuole, pur parecchio sviluppata e non aliena da sottili costruzioni concettuali, non fu quindi indotta da nessuna particolare richiesta proveniente dalla società o da certi strati, a elaborare diversi tipi di *property interests* relativamente alle terre non suscettibili di proprietà privata. Nei Paesi in cui hanno avuto o hanno vigore i sistemi tradizionali africani si è avuto bensì qualcosa di simile al feudalesimo<sup>269</sup>, ma ad un livello elementare e scarsamente articolato, mentre non si è avuta poi la nascita di esigenze economico-sociali simili p. es. a quelle che in Inghilterra determinarono l'origine e l'evoluzione del trust; la dottrina giuridica poi può considerarsi praticamente inesistente in quei sistemi.

II. Nei sistemi islamici le terre a cui si riferisce sono quelle dette “arādi al amirēya” (o, secondo la vecchia terminologia, “harāgiyyah”)<sup>270</sup>.

Esse, in origine terre di conquista, sono ritenute appartenenti alla comunità mussulmana o, per essa, allo Stato<sup>271</sup>. I soggetti privati naturalmente le godono, ma, siano essi gli infedeli originariamente sottomessi, siano i loro aventi causa (anche musulmani) o altri concessionari (infedeli o musulmani), non ne hanno la proprietà, ma sono titolari di un particolare *property interest* generale chiamato “tessaruf”. Questo è un *property interest* a contenuto generale e perpetuo, che è costituito da parte dello Stato con

<sup>269</sup> Ricordo in proposito il saggio di R. VERDIER, *Feodalitè et collectivisme* cit. in *Presence africaine* (1962) 79 ss.

<sup>270</sup> Cfr. D. SANTILLANA, *Istituzioni*, I, 361 s.

<sup>271</sup> Altre terre, come si è detto, possono essere considerate proprietà dello Stato, ma sono sottoposte a una diversa disciplina: quelle assimilabili alle demaniali di certi sistemi civilistici “arādi al matrūka”) e quelle incolte, qualificate “morte” (“arādi al mawāt”). (cfr. CC siriano art. 86). È da notare che le terre amirēya non possono nemmeno essere oggetto di un waqf (cfr. CC siriano art. 774).

un atto di concessione affini alla locazione, in quanto comporta per il concessionario l'obbligo del pagamento di un canone e quello di coltivare la terra. Esso presenta indubbi punti di contratto con l'enfiteusi perpetua del diritto romano giustiniano, con la quale in verità una relazione storica è tutt'altro che improbabile.

Un rilevante punto di contatto, oltre l'obbligo del titolare di coltiva e pagare il canone, è la sottoposizione del tassaruf alla estinzione per non uso<sup>272</sup>, come se si trattasse di un comune *property interest* su bene non proprio.

Altro elemento degno di nota è il potere riconosciuto al titolare di costituire sul tassaruf un *property interest* di minore ampiezza come p. es. l'usufrutto<sup>273</sup>, uguale a quelli che nell'altro regime immobiliare sono alla proprietà.

E d'altro canto, un dato sicuro che il tassaruf può costituirsi soltanto su terre "amirēya" e che queste terre non possono, a loro volta, essere oggetto in via diretta se non di tale *property interest*, il quale è diverso dalla proprietà e non importa infatti appartenenza della terra al titolare. Si ha così un evidente punto di contatto con gli estates di *common law*. Le differenze che da essi si riscontrano consistono o nell'unicità e uniformità del tassaruf in contrapposto alle molteplicità e varietà di quegli estate o, come si è già osservato, nella sua sottoposizione all'estinzione per non uso e nella sua idoneità a divenire oggetto di minori *property interests* propri del regime immobiliare centrato sulla proprietà. La prima differenza è solo da ascrivere alla già rilevata mancanza di una motivazione socio-economica (tanto per la dottrina che, più recentemente per il legislatore) a elaborare molte e varie specie di *property interests* relativi alle terre amirēya; le altre soprattutto<sup>274</sup> alla consistenza in ciascun sistema islamico di entrambi i regimi immobiliari e alla conseguente facilità che caratteri dei *property interests* riconosciuti nel regime centrato sulla proprietà (che è quello praticamente più diffuso e importante) contaminino, per cos' dire, il tassaruf, unico *property interest* riconosciuto dall'altro regime.

III. I sistemi tradizionali africani detti sopra "del primo tipo" riservano la proprietà della terra, a seconda dei casi, o alla comunità dominante o allo

<sup>272</sup> Cfr. CC siriano art. 775, secondo cui il tassaruf si estingue se il titolare non ha esercitato il diritto per cinque anni e anche se egli non ha messo la terra a coltura; v. anche CC irakeno § 1219 ss.

<sup>273</sup> Cfr. CC siriano art. 938.2); CC irakeno § 1249.

<sup>274</sup> Una ragione concorrente può vedersi nell'influenza analitica, dei modelli romano-bizantini, e in quella recente dei modelli civilistici, specie nei Paesi in cui in questo senso furono elaborati e emanati codici civili



Stato o al sovrano o a date divinità o agli spiriti antenati e pertanto non ammettono che gli altri soggetti possano avere se non un *property interest* diverso dalla proprietà, non implicante cioè l'appartenenza della terra al suo titolare. Il Bentsi-Enchill paragona questo *interest* a un "freehold *interest*" dei sistemi di *common law* e, d'altro canto, ritiene che esso sia perfettamente omogeneo con quello che, nei sistemi del secondo tipo, appare conferito ai singoli membri di un gruppo (gentilizio, parentale, di villaggio) sulle terre appartenenti in piena proprietà al gruppo stesso<sup>275</sup>.

Effettivamente la plausibilità di un paragone con quegli *interest* di *common law*, ossia in sostanza con gli estates, deve ammettersi, poiché ricorrono i loro due essenziali presupposti da un lato, della appartenenza esclusiva della terra a un soggetto eminente (ossia nei sistemi di *common law*, la Corona, lo Stato, nei sistemi tradizionali africani, uno degli enti compresi nella più vasta gamma sopra indicata), dall'altro del diritto di goderla effettivamente conferito di norma ad un altro comune soggetto, il quale non può in nessun modo avere un diritto maggiore.

La differenza è che nei sistemi di *common law* questo diritto si rifrange in una varietà di specie e sottospecie; mentre in quelli africani una simile varietà non risulta prevista, ma al contrario tutto si riduce, per quel che sembra, a un unico *property interest* come del resto avviene nel corrispondente regime immobiliare dei sistemi islamici.

Quanto all'altra affermazione del Bentsi-Enchill, ossia che il *property interest* di cui si sta parlando si ritrova tale e quale, nei sistemi del secondo tipo, in capo ai singoli membri dei gruppi (gentilizi, parentali, di villaggio) quando questi ultimi sono i proprietari della terra, è difficile valutarla per la scarsità dei dati disponibili. In astratto essa può apparire di dubbia validità, poiché il primo *property interest*, come si è notato a proposito degli estates di *common law* e del tassaruf dei sistemi islamici, non può considerarsi un *interest* su cosa non propria, né è contrapposto alla proprietà, ma tiene, in certo senso, il posto della proprietà; i secondi invece sono *interest* su cosa non propria e non tengono il posto della proprietà, ma vi sono contrapposti, come avviene nei sistemi civilistici, socialisti e anche islamici (relativamente a quello fra i loro due regimi immobiliari, che è centrato sulla proprietà<sup>276</sup>. In concreto tuttavia è possibile che quella affermazione sia valida, poiché la distinzione piuttosto sofisticata fra *property interests* generali dei regimi

<sup>275</sup> K. BENTSI ENCHILL, *Intern. Enc.*, VI.2.4.169 . *supra* n, 436.

<sup>276</sup> Si è osservato infatti nella sect. 24.III che, considerando questi *property interest* con gli schemi civilistici, li si sarebbe potuti paragonare all'enfiteusi quale è modernamente concepita; ma si è aggiunto che essi, in ogni modo, presentano peculiarità che non trovano confronto in nessun sistema giuridico attuale di origine europea

immobiliari, che non ammettono la piena proprietà privata (ossia che non conoscono immobili "allodiali"), e *property interests* generali su cosa non propria dei regimi immobiliari, che ammettono la piena proprietà privata, presuppone uno sviluppo dottrinale, che quasi certamente gli operatori giuridici locali dei Paesi africani non avevano raggiunto, né nel periodo precoloniale, né in quello coloniale.

Solo dopo il conseguimento dell'indipendenza questo sviluppo sta compendosi. Bisogna d'altronde osservare che l'interesse e la possibilità di quella distinzione non si presentano se non in sede di comparazione interafricana, poiché all'interno di ciascun sistema essa difficilmente si profila e rimane, comunque, priva di rilevanza.

Si deve dunque almeno ammettere che nei vari sistemi tradizionali africani quella distinzione, anche se concepibile, è rimasta a livello di inconsapevolezza o comunque non è stata espressamente formulata.

Il volume riproduce la “voce”, sostanzialmente inedita, destinata (ma non pubblicata) alla International Encyclopaedia of Comparative Law e offerta agli studenti come dispensa nel corso di Diritto privato comparato tenuto da Giovanni Pugliese, quando succedette nella cattedra a Gino Gorla. L’opera è incentrata sul confronto fra i modelli romanistico e quello di *common law* di forme di appartenenza, e si addentra anche nella presentazione delle esperienze socialiste (all’epoca di grande rilievo geopolitico) e africane.

**GIOVANNI PUGLIESE** (1914 – 1995), piemontese, allievo di Gino Segrè, giovanissimo ordinario di diritto romano (1940) insegnerà dal 1948 al 1961 a Milano, e poi, fino al pensionamento, a Roma. Le sue molteplici opere si muovono costantemente fra diritto romano, diritto civile e diritto comparato, con particolare attenzione alla dimensione procedurale, il che lo porterà naturalmente verso la *common law* inglese. Sarà inoltre anche impegnato in battaglie della società civile, in primo luogo per la laicità dello Stato e la introduzione del divorzio.

**LETIZIA VACCA**, allieva di Giovanni Pugliese, dal 1980 professoressa ordinaria di diritto romano, dal 1995 ha insegnato nell’Università Roma Tre dove è stata dal 1998 al 2006 Preside della Facoltà di giurisprudenza e vi ha costituito il “Centro di eccellenza in diritto europeo Giovanni Pugliese”.

**VINCENZO ZENO-ZENCOVICH**, laureatosi in diritto comparato con Giovanni Pugliese, ha insegnato dal 1999 al 2024 presso l’Università Roma Tre. Dal 2013 al 2021 è stato presidente della Associazione Italiana di Diritto Comparato.