

G. Bonilini - M. Confortini

I CODICI NOTARILI  
COMMENTATI

CODICE DELLA  
PROPRIETÀ  
E DEI  
DIRITTI IMMOBILIARI

diretto da  
Filippo Preite - Marcello Di Fabio

**UTET**  
GIURIDICA

## QUESTO VOLUME È ANCHE ONLINE

Consultalo gratuitamente ne "LA MIA BIBLIOTECA", la prima biblioteca professionale in the cloud con le pubblicazioni di **CEDAM, UTET Giuridica, IPSOA**.

Grazie ad un evoluto sistema di ricerca, puoi accedere ai tuoi scaffali virtuali e trovare la soluzione che cerchi da PC o tablet. Ovunque tu sia.

Per conoscere le modalità di accesso al servizio e consultare il volume online, collegati al sito **www.lamiabiblioteca.com**

La consultazione online viene offerta all'acquirente del presente volume a titolo completamente gratuito ed a fini promozionali del servizio "La Mia Biblioteca" e potrebbe essere soggetta a revoca da parte dell'Editore.

© 2015 Wolters Kluwer Italia S.r.l.  
Strada I, Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

---

Redazione UTET Giuridica:  
Corso Lombardia, 69 - 10099 San Mauro Torinese (TO)  
Sito Internet: [www.utetgiuridica.it](http://www.utetgiuridica.it)  
e-mail: [info@wkiuridica.it](mailto:info@wkiuridica.it)

---

UTET GIURIDICA® è un marchio registrato e concesso in licenza da De Agostini Editore S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

---

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale – cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale – e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

---

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze.

---

*Project editor:* Maria Cristina Bozzo  
*Redazione:* Antonella Prandino  
*Editing:* Isabella Medros  
*Composizione:* Centrofotocomposizione Dorigo S.r.l. - Padova  
*Stampa:* L.E.G.O. S.p.A. - Lavis (TN)

ISBN 978-88-598-1022-3

## Titolo II Della proprietà

### CAPO I Disposizioni generali

**Norma di riferimento:** art. 832 c.c. **Contenuto del diritto**

**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.*

### Capitolo I Il diritto di proprietà

**Riferimenti normativi:** art. 832 c.c.

**Bibliografia:** BARASSI L., *La proprietà nel nuovo codice civile*, Milano, 1943; BARCELLONA P., voce "Proprietà (tutela costituzionale)", in *Digesto civ.*, XV, Torino, 1996; BIANCA C.M., *La proprietà*, in *Diritto civile*, VI, Milano, 1999; CAPOGROSSI COLOGNESI L., voce "Proprietà (diritto romano)", in *ED*, XXXVII, Milano, 1988; CATERINI E., *Proprietà*, in *Tratt. Perlingieri*, III, 3, Napoli, 2005; COSTANTINO M., *Il diritto di proprietà*, in *Trattato Rescigno*, Torino, 2005; DALLA MASSARA T., *Antichi modelli e nuove prospettive del diritto dominicale in Europa*, in *CeI Europa*, 2010, 724 ss.; GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. Cicu, Mes-sineo*, Milano, 1995; GIANNINI M.S., *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *PD*, 1971, 443 ss.; GROSSI P., *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *CORTESE E.* (a cura di), *La proprietà e le proprietà*, Pontignano, 30.9-3.10.1985, Milano, 1988; MATTEI U., voce "Proprietà", in *Digesto civ.*, XV, Torino, 1996; MENGONI L., *Proprietà e libertà*, in *RCDP*, 1988, 427 ss.; NATOLI U., *La proprietà. Appunti delle lezioni*, I, Milano, 1965; PERLINGIERI P., *Introduzione alla problematica della "proprietà"*, Camerino, 1971; PUGLIATTI S., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954; RAMACCIONI G., *La proprietà privata, l'identità costituzionale e la competizione tra modelli*, in *EDP*, 2010, 861 ss.; RESCIGNO P., voce "Proprietà (dir. priv.)", in *ED*, XXXVII, Milano, 1988; RODOTÀ S., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*<sup>2</sup>, Bologna, 1990; SALVI C., *Il contenuto del diritto di proprietà*, Artt. 832-833, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1994; SANDULLI A.M., *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *RTDPC*, 1972, 465 ss.; SCOZZAFAVA O.T., *La proprietà*, in *Diritto civile*, diretto da LIPARI N. e RESCIGNO P. e coordinato da ZOPPINI A., II, Milano, 2009; TRIMARCHI M., *Proprietà e indennità di espropriazione*, in *EDP*, 2009, 1021 ss.

**Sommario:** **1.** Il diritto di proprietà oggi, nello scenario europeo. **2.** Lo "statuto" costituzionale della proprietà. **3.** La funzione sociale della proprietà. **4.** La proprietà nella prospettiva dell'art. 832. **5.** La proprietà nelle fonti sovranazionali: la CEDU e il Trattato di Lisbona. **6.** L'idea dominicale di tradizione romana come diritto all'egoismo? **7.** Il dibattito europeo in tema di proprietà: la definizione del DCFR. **8.** Linee di persistenza e di tendenza del diritto di proprietà.

### 1. Il diritto di proprietà oggi, nello scenario europeo

Interrogandosi su cosa sia il codice civile e, più in generale, il diritto civile, Filippo Vassalli osservava che esso rappresenta «la disciplina della vita dell'uomo nei rapporti determinati dalla procreazione, dalla società coniugale e dall'attività economica. Questa disciplina, nei nostri ordinamenti sociali, poggia tutta, immediatamente o mediamente, sul riconoscimento della proprietà individuale»<sup>1</sup>: dunque la proprietà veniva rappresentata quale vero e proprio paradigma fondante del sistema, presupposto stesso dei rapporti tutti del diritto civile, in ogni sua manifestazione.

A distanza di più di cinquant'anni, ed esteso lo sguardo al più ampio scenario europeo, la proprietà continua ad apparire un pilastro cui è affidata l'edificazione del sistema di dimensione sovranazionale, oggi ancora per larga parte allo stato fluido, che va profilandosi innanzi a noi; sistema – è opportuno sottolinearlo – che mostra una controvertibilità interna assai intensa specie quando, proprio sul tema della proprietà, si mettano a paragone i sistemi continentali, di immediata derivazione dalla radice del diritto romano, con il *common law*. In questa dimensione, non v'è dubbio che nella proprietà appaia ravvisabile un punto di riferimento ideale, se non anche ideologico, da cui è possibile derivare la costruzione di un complesso sempre più vasto di regole attinenti a campi differenti: da quello dell'appartenenza staticamente intesa a quello del mercato, della famiglia, delle successioni e via dicendo.

A voler allargare lo sguardo anche oltre i confini europei, la considerazione della centralità del paradigma proprietario risulta ulteriormente accreditata; la proprietà

appare in effetti la solida base concettuale su cui in definitiva poggiano tutti gli ordinamenti di matrice occidentale.

Assai più complesso, invece, procedere all'identificazione del contenuto del diritto di proprietà.

È sufficiente gettare uno sguardo al dibattito sviluppatosi negli ultimi cinquant'anni in seno alla dottrina italiana, per riconoscere come sia nel tempo maturata consapevolezza dell'inesauribile complessità interna alla nozione di proprietà.

Soprattutto, è nella scelta della declinazione pugliattiana delle “proprietà” – al plurale – che può vedersi racchiuso il senso più profondo di un'elaborazione concettuale la quale ha tratto sviluppo dall'abbandono della concezione monolitica dalla proprietà<sup>2</sup>.

L'immagine di un passaggio – epocale, nell'orizzonte della cultura giuridica del Novecento – verso la molteplicità apre, quindi, la strada alla domanda cruciale su cosa sia oggi il diritto di proprietà.

Come si cercherà – benché solo in via di sintesi – di illustrare, l'idea di una proprietà unitariamente concepita sembra aver lasciato spazio, nei diversi ordinamenti europei, a un modello alquanto generale ed elastico: e si tratta di un modello di riferimento i cui profili non ci si può attendere di vedere nettamente demarcati, all'interno del quale sono bensì riconoscibili situazioni di appartenenza differenzialmente caratterizzate per ampiezza e intensità di poteri, in ragione di molte e specifiche circostanze.

In altri termini, quel che si ritiene di poter individuare oggi è nulla più che una “struttura minima” della proprietà, rispetto alla quale i margini di adattamento sono assai estesi.

Con specifico riguardo all'ordinamento ita-

<sup>1</sup> Così VASSALLI F., *Motivi e caratteri della codificazione civile (1947)*, in *Studi giuridici*, II, 2, Milano, 1960, 614, nt. 1.

<sup>2</sup> Cfr. PUGLIATTI S., *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, saggio presentato al Congresso nazionale di diritto agrario di Palermo, 19-23.10.1952, che si può leggere in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, 145 ss.

liano, il tentativo di ricostruzione dei profili di questo modello generale pone problemi assai gravi fin già a livello di identificazione e coordinamento delle fonti: quale fonte di primo grado, è da considerarsi anzitutto la Costituzione, con il suo art. 42 (e connessi artt. 41, 43, 44, 47, 2° co.); rimane poi imprescindibile la determinazione del contenuto del diritto – soprattutto sotto il profilo della sua struttura – ricavabile dall'art. 832 c.c.

Se il codice civile è ancora percepito – nonostante gli intensi sforzi compiuti dalla dottrina nel senso di un approfondimento dei nessi sussistenti tra codice e Costituzione<sup>3</sup> – come il terreno più congeniale entro il quale allocare la nozione di proprietà, occorre nondimeno osservare che una gran parte delle regole tecniche relative alla proprietà sono invece contenute in altre sedi: cosicché l'art. 832 c.c. finisce per apparire non più che lo schema centripeto alla cui luce meritano di essere lette – quasi in guisa di “lente generale” – molte altre fonti, che rappresentano altri sottosistemi normativi, per lo più leggi speciali<sup>4</sup>.

Orbene, se l'asse che congiunge Costituzione e codice civile appare senza dubbio irrinunciabile rispetto alla comprensione dell'idea proprietaria, d'altro canto non si potrebbe oggi prescindere dalle indicazioni che provengono dal c.d. diritto privato europeo: e così, all'interno di un movimento sempre più policentrico e complesso, non sarebbe pensabile di ignorare, anzitutto, la CEDU e il Trattato di Lisbona (nel quale è recepita la Carta di Nizza).

Il quadro delle fonti di cui tenere conto appare dunque – già fin qui – complesso e in grado di dare luogo a una tutela che si usa definire multilivello<sup>5</sup>.

D'altra parte, procedendo oltre nell'esplora-

zione delle fonti che danno corpo all'idea proprietaria, non si potrebbe trascurare quella massa di elaborazioni teoriche che, con varie impostazioni e diversi intendimenti, integrano il dibattito sul *ius commune europaeum*; e, in questo sguardo d'insieme, mi pare utile considerare almeno le indicazioni provenienti dal *Draft Common Frame of Reference*, che di quel dibattito in larga misura ambirebbe a fornire la sintetica rappresentazione.

Neppure l'apertura alla dimensione del diritto privato europeo (di oggi e del domani) sarebbe tuttavia sufficiente per la comprensione del modello dominicale; occorre senza dubbio tenere in adeguata considerazione la profondità storica dell'istituto<sup>6</sup>.

L'idea proprietaria affonda solide radici nel diritto romano; e l'archetipo del *dominium* costituisce ancora oggi, in buona misura, l'anima fondamentale del diritto di proprietà in Europa.

Non si intende ovviamente sostenere l'opportunità di un'attualizzazione dell'idea dominicale romana; si afferma semmai la necessità di sottoporre a critica quell'idea alla luce delle risultanze dell'oggi, nonché, al contempo, di procedere a una revisione delle linee di tendenza attuali in base alla tradizione romanistica. Cosicché, l'elaborazione della nozione di proprietà può più chiaramente derivare da un confronto tra le continuità e le discontinuità che la comparazione diacronica è in grado di evidenziare.

Vi è un insieme di linee le quali sembrano permanere con relativa stabilità. E proprio aggrappate a quelle linee sono le regole dotate di una coerenza di fondo, cui resta affidata – in ultima analisi, assieme alla considerazione dei dati legislativi, interni e so-

<sup>3</sup> Per tutti, SALVI C., *Il contenuto del diritto di proprietà*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1994, 3 ss.

<sup>4</sup> Cfr., in tal senso, MATTEI U., voce “Proprietà”, in *Digesto civ.*, XV, Torino, 1996, 443.

<sup>5</sup> Cfr. TRIMARCHI M., *Proprietà e indennità di espropriazione*, in *EDP*, 2009, 1021 ss.

<sup>6</sup> In scia alla riflessione pugliattiana, GROSSI P., *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in CORTESI E. (a cura di), *La proprietà e le proprietà*, Pontignano, 30.9-3.10.1985, Milano, 1988, 205 ss.

vranazionali – l'identificazione più esatta del modello dominicale<sup>7</sup>.

Queste brevi considerazioni mi sembrano sufficienti per concludere nel senso che nessun discorso sulle fonti "positive" potrebbe esaurire il panorama degli strumenti intellettuali che sono necessari per affrontare uno qualsiasi dei problemi proprietari<sup>8</sup>: l'idea dominicale, invece, attinge a un patrimonio di elaborazione bimillenaria che riflette un sistema sociale, economico, giuridico e filosofico – in una certa misura stabile, ma anche sempre mobile nel tempo – che investe il tema dei rapporti tra i singoli, nonché tra singoli e Stato.

## 2. Lo "statuto" costituzionale della proprietà

Come si è anticipato, una prima linea di tensione sulla quale occorre soffermarsi è quella che può evidenziarsi tra rappresentazione codicistica e rappresentazione costituzionale della proprietà privata.

Si rammenti il dettato dell'art. 42 Cost.: «la proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati. La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti. La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse generale».

La prima questione da affrontare è quella posta dal significato che si intenda attribuire ai termini "riconoscere" e "garantire".

Il primo dei due verbi ricorre frequente-

mente nella Costituzione: si vedano, a mero titolo esemplificativo, gli artt. 4 e 5, i quali "riconoscono" il diritto al lavoro e alla protezione delle autonomie locali, o l'art. 2, relativo ai "diritti inviolabili dell'uomo".

In questa prospettiva, si potrebbe ritenere che sottostante all'art. 42 sia un'idea di proprietà intesa come diritto innato della persona umana e costituzionalmente assicurato<sup>9</sup>.

Ma, contro un'impostazione di inclinazione giusnaturalistica, appare persuasiva l'osservazione di chi reputa che «parlando di "riconoscimento", la norma costituzionale non intende comunque dare atto di una pretesa origine metagiuridica del fenomeno, ma soltanto precisare che, nel nostro ordinamento, è ammesso l'istituto "proprietà privata"»<sup>10</sup>.

Dunque "riconoscere" andrebbe inteso nel senso di ammettere giuridicamente l'istituto della proprietà, nella specie inserendolo all'interno dell'ordine costituzionale: con la conseguenza che la sua abolizione non potrebbe avvenire al di fuori di un procedimento di revisione ai sensi dell'art. 138 Cost.

La seconda questione, a valle di quella appena esposta, diviene allora quella di comprendere l'esatta configurazione assunta dalla c.d. garanzia costituzionale. E il significato di quest'ultima è quello che scaturisce dalla soluzione del problema della riserva di legge che nel medesimo art. 42 Cost. è introdotta<sup>11</sup>.

Si rammenti che tale riserva si estende – per l'espressa previsione dell'art. 42 Cost. – ai

<sup>7</sup> Più ampiamente, DALLA MASSARA T., *Antichi modelli e nuove prospettive del diritto dominicale in Europa*, in *CeI Europa*, 2010, 724 ss.

<sup>8</sup> Come bene evidenzia GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. Cicu, Messineo*, Milano, 1995, 183 ss.

<sup>9</sup> Sul punto, GIANNINI M.S., *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *PD*, 1971, in specie 458 ss.; RESCIGNO P., voce *Proprietà (dir. priv.)*, in *ED*, XXXVII, Milano, 1988, 270.

<sup>10</sup> Così NATOLI U., *La proprietà. Appunti delle lezioni*, I, Milano, 1965, 31.

<sup>11</sup> Su cui si veda in specie GIANNINI M.S., *Basi costituzionali della proprietà privata*, cit., 460 ss.; nonché SANDULLI A.M., *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *RTDPC*, 1972, 465 ss.; RODOTÀ S., *Il sistema costituzionale della proprietà*, in *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*<sup>2</sup>, Bologna, 1990, 315 ss.

modi di acquisto, di godimento e ai limiti del diritto di proprietà.

Per interpretazione dottrinale e giurisprudenziale consolidata, si ritiene che la riserva di legge di cui all'art. 42 Cost. sia relativa: in forza di tale riserva è attribuito alla legge (e si dovrebbe ritenere inclusa anche la legge regionale, in quanto sottoposta a sindacato della Corte Costituzionale) il compito di fissare la disciplina della proprietà, almeno se si ha riguardo alle norme di principio, mentre è lasciata alla fonte regolamentare la disciplina di dettaglio, consentendosi così di disporre la sottrazione coattiva della proprietà anche tramite atto amministrativo<sup>12</sup>.

Dunque la riserva costituzionale mostra la duplice valenza di collocare l'istituto proprietario sul piano costituzionale, ma al contempo di renderlo incidibile da parte del legislatore ordinario<sup>13</sup>.

In questo senso, la Corte Costituzionale ha più volte sostenuto l'insindacabilità delle scelte del legislatore, il quale potrebbe comprimere il diritto dominicale a fronte di interessi pubblici riconosciuti preminenti.

A questo proposito entra in gioco il ruolo svolto dal principio della "funzione sociale" che la Costituzione attribuisce al diritto di proprietà<sup>14</sup>.

Il diritto di proprietà, per come riconosciuto a livello costituzionale, presenta quindi una *facies* privata, in quanto a ciascun cittadino della Repubblica è garantito l'accesso alla proprietà e di quest'ultima è assicurata la tutela (si rilegga il 2° co. dell'art. 42 Cost.); inoltre, una *facies* pubblica, giacché tale diritto esiste ed è riconosciuto in quanto costantemente sia in grado di realizzare siffatta funzione.

Il momento collettivo, dunque, assume un rilievo non inferiore rispetto al momento individuale.

Anzi, la sfera privata può comprimersi di fronte a istanze collettive: d'altra parte, l'art. 42 Cost. deve essere letto in coordinamento con l'art. 41 Cost., il quale dispone che l'iniziativa economica privata non possa svolgersi in contrasto con l'"utilità sociale".

Il più significativo profilo di incidenza della garanzia costituzionale della proprietà di cui si tratta nel 2° co. dell'art. 42 Cost. è quello rappresentato dal terzo comma dello stesso articolo: ivi è affermata la possibilità di espropriazione per "motivi di interesse generale"; e il tema diviene, sotto questo profilo, quello di assicurare un congruo indennizzo a vantaggio del proprietario espropriato<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Ampi riferimenti, sul tema, in CATERINI E., *Proprietà*, in *Tratt. Perlingieri*, III, 3, Napoli, 2005, 85 ss., in specie nt. 164.

<sup>13</sup> Su questo difficile equilibrio, tra molti, NATOLI U., *La proprietà*, cit., 30 ss.

<sup>14</sup> Per un primo inquadramento, BARCELLONA P., voce '*Proprietà (tutela costituzionale)*', in *Digesto civ.*, XV, Torino, 1996, 456 ss. In giurisprudenza, C. Cost., 25.3.1976, n. 57; C. Cost., 2.2.1971, n. 13; C. Cost., 26.6.1969, n. 107; C. Cost., 26.11.1964, n. 93; C. Cost., 18.2.1960, n. 4.

<sup>15</sup> Viene in evidenza il tema immenso, per la trattazione del quale si fa rinvio *infra*, sub art. 834, rappresentato dalla possibilità di limitazione e compressione della proprietà, nonché dall'espropriazione: cfr. anzitutto SALVI C., *Il contenuto del diritto di proprietà*, cit., 12 ss.; GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, cit., 56 ss. e 102 ss.; SCOZZAFAVA O.T., *La proprietà*, in *Diritto civile*, diretto da LIPARI N. e RESCIGNO P. e coordinato da ZOPPINI A., II, Milano, 2009, 61 ss. Di recente, il tema è ben rappresentato da TRIMARCHI M., *Proprietà e indennità di espropriazione*, cit., 1021 ss., nonché da RAMACCIONI G., *La proprietà privata, l'identità costituzionale e la competizione tra modelli*, in *EDP*, 2010, 861 ss. Per una rappresentazione del mutamento di coscienza sul tema, nella giurisprudenza costituzionale, cfr. C. Cost., 13.5.1957, n. 61; C. Cost., 6.6.1963, n. 91; C. Cost., 5.4.1965, n. 22; C. Cost., 30.6.1969, n. 115; C. Cost., 22.4.1970, n. 63; C. Cost., 22.2.1974, n. 58; C. Cost., 30.11.1977, n. 138; C. Cost., 26.6.1981, n. 160; C. Cost., 15.12.1988, n. 1165; C. Cost., 4.4.1990, n. 216; C. Cost., 10.6.1993, n. 283; C. Cost., 22.10.2007, n. 348, che incidono sul D.L. n. 333/1992; da ultimo, oc-

L'espropriazione è collegata, in sede di art. 42, 3° co., Cost., al riconoscimento di un "interesse generale"; l'art. 43 Cost., invece, riferisce all'"utilità generale" la possibilità di espropriazione "salvo indennizzo".

In definitiva, si vede dunque come il rilievo costituzionale della proprietà, la riserva di legge che ne caratterizza la disciplina, nonché la possibilità di espropriazione rappresentino dati parimenti essenziali allorché si intenda procedere all'identificazione del contenuto minimo della proprietà: rispetto a tutto ciò, si rileva poi come risulti decisiva la considerazione dell'ulteriore aspetto rappresentato dalla "funzione sociale" che la Costituzione imprime al diritto di proprietà.

### 3. La funzione sociale della proprietà

La "funzione sociale" di cui parla l'art. 42 Cost. rappresenta il principale nucleo di novità rispetto alla tradizione civilistica precostituzionale<sup>16</sup>.

Occorre dire che la significativa elaborazione del contenuto del diritto di proprietà che si riscontra nella Carta del 1948, mercé il depotenziamento della sua portata individualistica, era debitrice degli esiti di un dibattito assai ampio, mosso da una ridiscussione culturale complessiva dell'istituto della proprietà sotto il profilo delle dottri-

ne politiche, economiche e sociali, che aveva attraversato il Novecento.

Si trattava di un dibattito che aveva dato i suoi frutti già da qualche tempo, come prova il fatto che già nel 1919 l'art. 154 della Costituzione di Weimar, assai suggestivamente, era giunto a stabilire che "la proprietà obbliga"<sup>17</sup>, dunque con un rovesciamento di prospettiva rispetto all'immagine tradizionale del *dominium* di tradizione romanistica, attributivo di puro potere<sup>18</sup>. Si noti che nella concezione weimeriana non si vede una proprietà sottoposta a obblighi, bensì una proprietà la quale è essa stessa a obbligare.

D'altra parte, che la nostra Costituzione avesse realizzato una parziale eterogenesi del potere che la proprietà attribuisce al suo titolare appare comprovato anche dalla collocazione della proprietà entro il Titolo III della Parte I sui "Rapporti economici". Si realizza in tal modo una decontestualizzazione del più antico dei diritti rispetto al suo campo tradizionale, ossia quello dei diritti dell'individuo.

Tuttavia, è anche vero che la collocazione topografica non può ritenersi determinante.

Da un lato il diritto di proprietà non può considerarsi un mero diritto economico, stante la sua vocazione a fungere da pilastro

---

corre tenere a riferimento C. Cost., 13.3.2008, n. 59, che impone quale paradigma per l'indennizzo il valore di mercato del bene.

<sup>16</sup> L'idea della funzione sociale della proprietà era stata oggetto di dibattito già prima della Costituzione, nonché prima anche del codice del 1942 (in specie, quell'idea era affiorata nel progetto del 1937, relativo alla nuova disciplina delle cose e dei diritti reali), sebbene poi scartata giacché sospettata di togliere sicurezza alla posizione del proprietario: cfr. BARASSI L., *La proprietà nel nuovo codice civile*, Milano, 1943, 77 ss.; approfondimenti in GIANNINI M.S., *Basi costituzionali della proprietà privata*, cit., in specie 456 ss. Per una prima panoramica sulle differenti sensibilità in argomento, PUGLIATTI S., *Definizione della proprietà nel nuovo codice civile*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., 277 ss.; NATOLI U., *La proprietà*, cit., 25 ss.; RODOTÀ S., *Il diritto di proprietà tra dommatica e storia*, in *Il terribile diritto*, cit., 190 ss.; SALVI C., *Il contenuto del diritto di proprietà*, cit., 55 s.

<sup>17</sup> L'art. 154 della Costituzione di Weimar fu poi riprodotto nel testo della Costituzione della Germania Federale all'art. 14.

<sup>18</sup> Ancorché RODOTÀ S., *Il sistema costituzionale della proprietà*, cit., 305, muovendo dalla lettura dei lavori preparatori, non accredita l'idea di un'influenza particolarmente incisiva del precedente rappresentato dalla Costituzione weimeriana rispetto all'elaborazione dell'art. 42, vedendo nel richiamo al testo tedesco che compare nella "relazione Taviani" non più che una "clausola di stile".



fondamentale della società (sia da un punto di vista giuridico che da un punto di vista ideologico): e di fatto sotto lo stesso Titolo sono ricompresi anche altri principi cardinali, come il diritto al lavoro o la libertà di organizzazione sindacale; dall'altro lato, non si può certo ritenere che l'antica radice della proprietà come espressione di libertà sia andata perduta.

Dunque la questione del rimodellamento in senso sociale del contenuto del diritto dominicale merita di essere osservata con grande attenzione.

Non v'è dubbio che una concezione di proprietà coincidente con quella di libertà assoluta risulta superata: evidente è il rischio che il potere del singolo venga esercitato in modo elusivo rispetto ai valori sociali che s'impongono nella vita di relazione. La funzione sociale svolge allora un ruolo fondamentale e conformativo del contenuto stesso del diritto di proprietà<sup>19</sup>.

Se, come si è visto, il temperamento tra l'interesse privato e quello collettivo passa attraverso la riserva che è demandata al legislatore ordinario, tuttavia è discusso attraverso quali modi e in quale misura sia immaginabile di "funzionalizzare socialmente" la proprietà, operando un trapasso di altri valori all'interno di quello

che è, e resta, il diritto assoluto per eccellenza<sup>20</sup>.

In linea generale, è da ritenere che la funzione sociale non rappresenti un mero limite esterno della proprietà, incidendo invece qualitativamente sulla determinazione del contenuto di essa<sup>21</sup>.

Nella nostra Costituzione il carattere della "funzione sociale" conferisce invece alla proprietà il significato di una determinazione positiva dei modi di attribuzione e di uso dei beni: e anzi si potrebbe dubitare del fatto che la funzione sociale sia da riferirsi alla proprietà intesa come diritto o come bene oggetto del diritto<sup>22</sup>.

E allora proprio in ciò si risolverebbe anche la questione – dianzi posta – della portata della garanzia: nell'assicurare cioè, a ogni proprietario, che il suo diritto possa sì essere limitato dal legislatore, però esclusivamente per scopi collegati a suddetta funzione. La garanzia costituzionale non ha per oggetto il diritto, ma investe la funzione che il diritto è chiamato a svolgere.

Il vero problema diviene allora quello di assicurare che tale funzione sia nella realtà realizzata; ma occorre allora dire che l'operazione di verifica del concreto attuarsi della funzione sociale è demandata al giudice.

<sup>19</sup> Cfr. PERLINGIERI P., *Introduzione alla problematica della 'proprietà'*, Camerino, 1971, 70 ss.; RODOTÀ S., *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali*, in *Il terribile diritto*, cit., 47 ss.; GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, cit., in specie 53 ss.

<sup>20</sup> Risolve nel senso di un'integrazione tra libertà e funzione sociale il valore costituzionale della proprietà MENGONI L., *Proprietà e libertà*, in *RCDP*, 1988, in specie 455: «nella visuale del pensiero funzionale il rapporto tra libertà della proprietà e funzione sociale si presenta non come un'antinomia [...], ma come rapporto tra due funzioni concorrenti all'interno di un medesimo ambito operativo [...]. Scopo della riserva di legge stabilita dall'art. 42 è la composizione delle due funzioni in una organica unità istituzionale operante quale strumento di integrazione sociale». Nella prospettiva di un confronto tra libertà e funzione sociale, si veda anche PESCATORE G., *Considerazioni sul 'diritto' di proprietà*, in *Scritti in onore di Filippo Vassalli*, II, Milano, 1960, 1257; GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, cit., 47 ss.; BIANCA C.M., *La proprietà*, in *Diritto civile*, VI, Milano, 1999, 170 ss.; SALVI C., *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, in *RCDP*, 2009, 409 ss.

<sup>21</sup> Cfr. PUGLIATTI S., *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., 46 ss.; NATOLI U., *La proprietà*, cit., 28 ss.; GIANNINI M.S., *Basi costituzionali della proprietà privata*, cit., 475 ss.; RODOTÀ S., *Il diritto di proprietà tra dogmatica e storia*, cit., 190 ss.; SCOZZAFAVA O.T., *La proprietà*, cit., 64 ss.; COSTANTINO M., *Il diritto di proprietà*, in *Trattato Rescigno*, Torino, 2005, 251 ss.

<sup>22</sup> TARELLO G., *La disciplina costituzionale della proprietà privata. Lezioni introduttive*, Genova, 1973, 27.

Per questo il più ampio spazio merita di essere dedicato all'elaborazione giurisprudenziale del tema<sup>23</sup>.

#### 4. La proprietà nella prospettiva dell'art.

##### 832

Il Libro III del codice civile – che fin già nella sua intitolazione si richiama alla proprietà – della specifica disciplina del diritto dominicale si occupa – dopo il Titolo I dedicato ai beni – soltanto il Titolo II.

Sotto vari profili, in effetti, l'art. 832 c.c. occupa una posizione nevralgica all'interno del più ampio sistema dei diritti reali.

Peraltro l'art. 832 c.c., la cui rubrica è dedicata al “contenuto del diritto”, non fornisce una vera e propria definizione del diritto, bensì statuisce ciò cui il proprietario ha diritto: e così si legge che «il proprietario ha diritto di godere e di disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico».

La preminente collocazione sistematica della disposizione rende ragione dell'idoneità della proprietà a fungere da modello rispetto alla categoria dei diritti reali (diritto *in rem* ed *erga omnes*, il quale impone astensione e non prevede la collaborazione di altri soggetti): e si tratta di un modello da collocarsi all'interno di un sistema improntato – notoriamente – a tipicità.

Si avverte, in specie nell'affermazione del diritto di «godere e di disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo», la significativa linea di continuità del nostro codice rispetto alla tradizione borghese-settecentesca, nonché poi al pensiero liberale ottocentesco.

Il punto di riferimento, per le moderne codificazioni europee, è rappresentato dall'art. 544 del *code Napoléon*, nel quale è proclamata la pienezza e l'assolutezza del dominio individuale: «*la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par la loi ou par les règlements*»<sup>24</sup>.

Tale articolo del *code* venne ripreso dall'art. 436 del codice italiano del 1865, il quale definiva la proprietà come il «diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, purché non se ne faccia un uso vietato dalle leggi e dai regolamenti».

Ma, un passo a monte, è da tenersi in conto l'affermazione del trionfo della proprietà, che nella retorica della Dichiarazione del 1789 e poi della Costituzione del 1791 era proclamata *droit inviolable et sacré*.

Rispetto a quest'impianto, è noto come la Pandettistica abbia dato luogo a un'elaborazione concettuale all'interno della quale il diritto di proprietà era assunto quale autentico modello dei diritti del privato; addirittura si potrebbe dire che il terreno della proprietà fu reso luogo di sperimentazione della più ampia attribuzione di poteri che la sistematica delle situazioni giuridiche soggettive possa prevedere<sup>25</sup>.

Se per un verso è chiara la riconducibilità dell'art. 832 c.c. a questo modello dominicale fortemente improntato in senso *bourgeois*, è per altro verso da osservare come con il codice italiano del 1942 venga introdotto un significativo richiamo, piuttosto che ai limiti (è in tal modo garantito che esista una pluralità di libertà facenti capo a

<sup>23</sup> Si veda *infra*, cap. II, § 7 ss.

<sup>24</sup> Sul modello napoleonico della proprietà, RODOTÀ S., *La definizione della proprietà nella codificazione napoleonica*, in *Il terribile diritto*, cit., 75 ss.

<sup>25</sup> Con la conseguenza di qualche contorsione logica, come nel caso della celebre definizione di WINDSCHEID B., secondo cui «la proprietà come tale è illimitata; ma ammette restrizioni» (così in FADDA C., BENZA P.E. [a cura di], *Diritto delle Pandette*, I, trad. it., Torino, 1930, 591). Per un'indagine sulla costruzione stessa dell'idea di proprietà, BELFIORE A., *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979.

tutti), soprattutto agli obblighi che alla proprietà sono connessi.

Il fascio delle facoltà che sono attribuite al proprietario si accompagna a obblighi (i quali non possono essere previamente determinati): lo schema di fondo che risulta dall'art. 544 del codice napoleonico, nonché dall'art. 436 del codice del 1865 non appare in sé destabilizzato per la presenza di obblighi, ma certamente l'art. 832 c.c. si caratterizza per una rimodulazione generale dell'idea proprietaria, di cui si acquisisce piena consapevolezza specie se si considera tale disposizione assieme a quella di cui all'art. 833 c.c., in tema di atti d'emulazione (e dunque attinente ai c.d. limiti interni del diritto di proprietà<sup>26</sup>).

Il divieto di atti che non abbiano altro scopo se non quello di nuocere o recare molestia ad altri rende chiaro che la proprietà non soltanto dovrà porsi a confronto con altre proprietà, senza travalicamenti, ma anche che la proprietà comporta una responsabilità.

Non è questa la sede per approfondire i contenuti e le implicazioni sistematiche dell'art. 833 c.c.<sup>27</sup>, né d'altra parte per una trattazione delle facoltà spettanti al proprietario ai sensi dell'art. 832 c.c.<sup>28</sup>. Appare invece opportuno, a questo punto, osservare in quale modo la portata del diritto di proprietà sia resa oggetto di una critica rivisitazione per opera delle fonti sovranazionali.

### **5. La proprietà nelle fonti sovranazionali: la CEDU e il Trattato di Lisbona**

Come già si è accennato in apertura, lo statuto concettuale della proprietà non sarebbe oggi rappresentabile se si tenesse in con-

siderazione soltanto le fonti interne: Costituzione e codice civile. Le fonti sovranazionali intervengono sul tema della proprietà, contribuendo in maniera sempre più significativa a conformarne la nozione.

In primo luogo, occorre volgere lo sguardo alla CEDU, di cui la nostra Corte Costituzionale ha riconosciuto il rilievo entro il sistema delle fonti<sup>29</sup>.

La Convenzione del 4.11.1950 – ratificata in Italia con L. 4.8.1955, n. 842, oggetto – com'è noto – di “comunitarizzazione” per effetto dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il 1.12.2009 – prevede il diritto alla libertà e alla sicurezza, i diritti di libertà individuale e collettiva, però senza espressamente menzionare il diritto di proprietà. Tuttavia, già nel primo Protocollo aggiuntivo, sottoscritto il 20.3.1952, all'art. 1 si legge: «ogni persona fisica o morale ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà salvo che per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale».

Dunque è per questa via che la CEDU garantisce la tutela del diritto dominicale.

La prospettiva di riferimento è essenzialmente quella di un confronto con le esigenze (*in primis* espropriative) dello Stato: così, l'ablazione della proprietà privata non è in assoluto esclusa, ma occorre che sia realizzata secondo condizioni previste dalla legge dei singoli Stati e dai principi internazionalmente riconosciuti.

Alla stregua dei parametri CEDU, per esempio, si è prestato a censura il fenomeno – tipicamente italiano – dell'“occupazione acquisitiva”, ossia di quella particolare modalità di acquisto, riconosciuta dalla

<sup>26</sup> Cfr. NATOLI U., *La proprietà*, cit., 101 ss.

<sup>27</sup> Si veda *infra*, sub art. 833.

<sup>28</sup> Si veda *infra*, cap. II, § 1 s.

<sup>29</sup> Il riferimento è alle celebri sentenze della Corte Costituzionale nn. 348 e 349 del 2007, su cui si veda GAMBARO A., *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di diritto di proprietà*, in RDC, 2010, 115 ss.; cfr. inoltre SALVI C., *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali*, in EDP, 2011, 437 ss.

giurisprudenza, a partire dall'inizio anni Ottanta, a vantaggio della Pubblica Amministrazione che abbia occupato illegittimamente e trasformato un fondo, realizzando un'opera pubblica, pur in assenza di un valido provvedimento di espropriazione<sup>30</sup>. La prospettiva entro la quale la CEDU colloca il diritto dominicale è quindi in primo luogo quella della protezione della proprietà intesa come espressione fondamentale di libertà dell'uomo, anzitutto nei confronti delle prerogative dello Stato.

Orbene, questa stessa impostazione si ritrova anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea di Nizza del 7.12.2000, ove, all'art. 17, proprio sotto il Titolo dedicato alle Libertà, è proclamato il diritto di proprietà: «ogni individuo ha diritto di godere della proprietà e dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità [...]».

Il medesimo testo risulta recepito invariato all'interno del Trattato di Lisbona, sotto-

scritto il 13.12.2007 ed entrato in vigore – come già si è ricordato – il 1.12.2009.

Allorché si consideri nell'insieme la CEDU e il Trattato di Lisbona (nel quale dunque è stata recepita la Carta di Nizza), sembra di poter scorgere una comune linea direttrice, segnata dalla riconduzione del diritto di proprietà alla radice dell'idea di libertà.

In questa prospettiva, l'impianto della nostra Carta fondamentale risulta significativamente rivisto.

In generale, piuttosto che alle esperienze costituzionali novecentesche, la proprietà nella dimensione europea sembra riallacciarsi alla matrice dominicale ottocentesca, stando alla quale al centro è un «soggetto che gioca la sua libertà nel campo delle scelte relative a beni materiali»; sicché «la proprietà vi è riguardata come il mezzo materiale della libertà secondo il binomio tradizionale proprietà-libertà, nella misura in cui all'uomo è assicurato il potere di disporre dei beni necessari per la sua vita e

<sup>30</sup> Il punto focale della problematica dell'occupazione acquisitiva è – per dirla in breve – rappresentato dal fatto che si tratta di atto illecito, che però espone soltanto al risarcimento, non anche alla remissione in pristino: stando alla costruzione che ha ammesso l'occupazione acquisitiva, la radicale trasformazione del bene, per la realizzazione su di esso di un'opera pubblica, giustificerebbe infatti, pur in mancanza di un valido provvedimento di espropriazione, l'acquisizione della proprietà alla Pubblica Amministrazione (si veda C., S.U., 26.2.1983, n. 1464). Ciò, all'evidenza, presuppone una situazione di superiorità della Pubblica Amministrazione nei rapporti intersoggettivi, che darebbe luogo a un'irragionevole disparità di trattamento, lesiva in prima battuta del principio di uguaglianza, ma anche del principio di legalità. Intervenne su tale impostazione C. Cost., 2.11.1996, n. 369, con la quale fu dichiarata l'illegittimità della previsione della L. 8.8.1992, n. 359 “Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica. Convertito con modifiche. Patti in deroga” (estesa ai casi di occupazione acquisitiva preesistenti a quella data dalla L. 28.12.1995, n. 549 “Misure di razionalizzazione della finanza pubblica”), secondo cui il risarcimento del danno da occupazione acquisitiva avrebbe dovuto adottare la medesima modalità di determinazione dell'indennizzo previsto per il caso di espropriazione; la sentenza della Corte Costituzionale, però, rimarcava l'eterogeneità delle due situazioni, espropriazione e occupazione acquisitiva. Più di recente, la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 30.5.2000, invocando in specie l'art. 1 del primo protocollo addizionale CEDU (cui si è fatto cenno), ha evidenziato il netto contrasto dell'istituto dell'occupazione acquisitiva con il principio di legalità, evidenziando in specie come il riconoscimento di tale forma di acquisto della proprietà imponga una sostanziale riduzione dei mezzi di resistenza del privato contro l'atto, comunque illecito, della Pubblica Amministrazione. Sotto il profilo del *quantum* di indennità spettante al privato per l'ablazione del suo diritto dominicale, la vicenda ha condotto alla pronuncia delle sentenze nn. 348 e 349 del 24.11.2007, nonché alla riscrittura, con la legge finanziaria del 2008 (n. 244 del 24.12.2007, art. 21, commi 89° e 90°) dei primi due commi dell'art. 37 del T.U. sulle espropriazioni (D.P.R. n. 237/2001): sul punto, con attenzione ai delicati problemi di coordinamento tra le fonti, TRIMARCHI M., *Proprietà e indennità di espropriazione*, cit., 1021 ss.; per un quadro generale, tanto su espropriazione quanto su occupazione acquisitiva, di recente, NIVARRA L., *La proprietà europea tra controriforma e 'rivoluzione passiva'*, in *EDP*, 2011, 575 ss.

per il suo lavoro. La proprietà perciò come condizione di autodeterminazione, di autonomia, non dipendenza del soggetto»<sup>31</sup>.

Se è vero che – come appena evidenziato – il binomio concettuale che viene adottato nel modello dominicale della CEDU e del Trattato di Lisbona è proprio quello “proprietà-libertà”, appare chiaro che il fuoco dell’attenzione, in queste fonti sovranazionali, appare spostato sul problema dei limiti di questa stessa libertà.

Anziché l’aspetto della responsabilità sociale, nonché degli obblighi e delle funzioni che la proprietà impone (art. 42 della Costituzione italiana; art. 154 della Costituzione di Weimar), risulta messo in luce quello della confinazione che l’ordinamento traccia attorno al diritto del proprietario. Come si usa dire, la delimitazione della sfera di libertà dell’uno costituisce garanzia di salvaguardia per l’altro; in altri termini, ogniqualvolta si ponga un problema di libertà, sorge quello dei suoi limiti.

Si tratta di un problema – quello della tensione tra la libertà e i suoi limiti – che rimanda alle radici stesse, *in antiquo*, dell’idea dominicale.

#### 6. L’idea dominicale di tradizione romana come diritto all’egoismo?

L’immagine della proprietà che – tradizionalmente – ci viene offerta dal diritto romano è quella rappresentabile nel rito della rivendica effettuata mediante la *legis actio sacramenti in rem*, incentrata sull’affermazione unilaterale del *meum esse aio* accompagnata dal contatto fisico della cosa per il tramite di una *vindicta*. «Dico che la cosa è mia per diritto dei Quiriti», asseriva il ri-

vendicante: e l’affermazione era fatta a cospetto del magistrato e dell’avversario processuale, con le conseguenze traslative del diritto che a tale affermazione venivano ricondotte quando quel formulario processuale fosse adattato in funzione stragiudiziale-negoziale.

Sembrerebbe di poter parlare del diritto di proprietà come di un diritto all’egoismo, dunque, come pure metteva in evidenza Rousseau nel suo *Contrat*, il quale nella sua critica alla proprietà privata – rispetto alla quale avrebbe dovuto prevalere quella pubblica – osservava: «il diritto di primo occupante, benché più reale di quello del più forte, diviene un vero diritto solo dopo l’istituzione di quello di proprietà. Ogni uomo ha naturalmente diritto a tutto ciò che gli è necessario, ma l’atto positivo che lo rende padrone di qualche bene lo esclude da tutto il resto. Ricevuta la sua parte, deve limitarsi a quella, e non ha più nessun diritto sui beni della comunità. Ecco perché il diritto di primo occupante, così debole nello stato di natura, è degno di rispetto per ogni uomo civile. In questo diritto c’è meno rispetto per la cosa d’altri che non per ciò che non è nostro»<sup>32</sup>.

Quella radice del diritto assoluto nella cultura giuridica occidentale è la medesima, per Rousseau, della sovranità pubblica: dominio reale e sovranità costituiscono un binomio che attraversa, in questa visione, il diritto privato e quello pubblico.

Il diritto di proprietà è, per antonomasia, il “terribile” diritto anche per l’illuminato e moderato Beccaria, che infatti non ebbe remore a metterne seriamente in discussione l’accettabilità in termini di giustizia<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Così, efficacemente, NICOLUSSI A., *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *EDP*, 2009, 22, nt. 55. In prospettiva costituzionalistica, si vedano i contributi di BILANCIA F., *I diritti fondamentali come conquiste sovratatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, Torino, 2002, 93 ss.; MOSCARINI A., *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006, 299.

<sup>32</sup> Cfr. ROUSSEAU J.J., *Il contratto sociale*, nella trad. it. di GARIN M., Roma-Bari, 2003.

<sup>33</sup> La citazione di Cesare Beccaria, «il diritto di proprietà (terribile, e forse non necessario diritto)», è tratta dal *Dei delitti e delle pene* (XXII): proprio queste parole aprono e danno il titolo alla raccolta di saggi di RODOTÀ S., *Il terribile diritto*, da cui si è ampiamente attinto.

In questo tipo di diritto è sempre racchiusa l'idea di potere, spettante al *dominus* e – nella connessione logica ed etimologica che lega il soggetto al luogo nel quale egli esprime il suo potere – sulla *domus*. Si ravvisa quindi l'idea del collegamento del diritto (in senso soggettivo, ma anche oggettivo) con il luogo fisico su cui tale diritto si esprime, *in primis* dunque con la terra: il *nómos* della terra evidenzia proprio il nesso schmittiano tra *Ordnung* e *Ortung*, tra l'ordine-ordinamento e il luogo (e si tratta di un collegamento rimasto intrappolato nell'etimo stesso della parola *nómos*, che viene da *nemein* e da cui ci emerge l'idea della distribuzione, dell'assegnazione, in origine della spartizione del territorio per il pascolo)<sup>34</sup>. Dunque il diritto esprime la misura (*nómos*) di uno spazio terrestre, della *iustissima tellus* di cui l'uomo si appropria, consegnando a un segno, a un confine (*Terminus*, addirittura divinizzato nel sistema religioso romano) il senso della sua appartenenza, proprio come Romolo avrebbe affidato a un solco d'aratro la delimitazione dell'*antiquissimum pomerium*<sup>35</sup>.

D'altra parte, anche nella forma tardo-romana *proprietas* è contenuto il senso della vicinanza, della pertinenza della cosa rispetto a chi ne sia titolare ed esercita su quella cosa il potere<sup>36</sup>.

Muovendo da qui, poi, si può vedere come l'idea stessa del dominio sulle cose, e in specie sulla terra, sia in grado di conformare l'intero sistema del nostro pensiero giuridico, che vede nel limite, nel confine (della proprietà, per un verso, dello Stato, per

altro verso) uno dei suoi canoni fondanti<sup>37</sup>. Tuttavia, merita aggiungere che, concentrando l'attenzione sul fenomeno soprattutto novecentesco – come si è visto – di “socializzazione” del diritto di proprietà, si finirebbe per cadere in una rappresentazione storicamente non corretta o quantomeno semplicistica se viceversa si fornisse, per contrasto, una rappresentazione secondo la quale l'antico *dominium* romano avrebbe invece costituito una situazione giuridica unitaria e quasi monolitica di attribuzione di un potere incondizionato.

In effetti va detto che l'unitarietà e la monoliticità della proprietà romana sono in buona parte il frutto, a sua volta, di una fallace ideologizzazione dell'evo moderno, da collegarsi all'affermazione della classe borghese, la quale avvertiva forte l'esigenza di una situazione di appartenenza che fosse in quel senso caratterizzata.

Dunque il trionfo della proprietà, proclamata *droit inviolable et sacré*, si è nutrito dell'idea di un *dominium* quasi granitico, corrispondente al più pieno potere sulla cosa, in ciò vedendo una reazione di fronte alle incertezze, invise al nuovo ceto mercantile, derivanti dalla pluralità delle situazioni di appartenenza di epoca feudale (si pensi non solo alla differenziazione tra dominio diretto e dominio utile, ma più in generale all'irriducibile varietà delle situazioni di titolarità individuale e collettiva tipica di tutto il diritto intermedio)<sup>38</sup>.

Sicché a ben vedere la proprietà borghese, impostasi con caratteri di pienezza e unitarietà quasi sacralizzati sebbene oggi larga-

<sup>34</sup> Suggestioni ricavabili da SCHMITT C., *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello jus publicum europaeum*, Milano, 2003, già in *Prefazione*, 13 s.: «il discorso verte qui infatti su terraferma e mare libero, occupazioni di terra e occupazioni di mare, ordinamento e localizzazione [*Ordnung* e *Ortung*]».

<sup>35</sup> Cfr. Gell. 13.14.2.

<sup>36</sup> Come osserva BARASSI L., *La proprietà nel nuovo codice*<sup>2</sup>, Milano, 1943, in specie 8 ss., nonché 17.

<sup>37</sup> Su questa linea le riflessioni di VINCENZI U., *Diritto senza identità. La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Roma-Bari, 2007, in specie XIII ss.; cfr. anche VINCENZI U., *I fondamenti del diritto occidentale*, Roma-Bari, 2010, 24 ss.

<sup>38</sup> Sul punto, GROSSI P., *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, cit., 238 ss.

mente ridimensionati<sup>39</sup>, non potrebbe dirsi specchio fedele del modello dominicale romano, il quale era invece al suo interno articolato in una multiforme varietà di “modi” dell’aver: e vale la pena almeno precisare che, al di là di quell’appartenenza completa e inattaccabile – anche nella trasmissione generazionale – del *dominium* che in antico era rappresentata dalla struttura (quasi fosse un “atomo patrimoniale”) dell’*heredium*, ossia un piccolo fondo avito che si sarebbe trasmesso dal *pater* ed era funzionalizzato alle esigenze della famiglia<sup>40</sup>, il diritto romano conosceva il fenomeno assai rilevante dell’*ager publicus*, dunque di un suolo pubblico attribuito soltanto in concessione ai *cives* con facoltà di sfruttamento ma teoricamente sempre revocabile<sup>41</sup>; inoltre, non si può mancare di ricordare che all’idea generale di proprietà in Roma debbono ricondursi anche la proprietà peregrina e quella provinciale, per non dire poi di antiche forme di proprietà collettiva e di una quantità di articolazioni dell’appartenenza (anche in ragione delle caratteristiche del fondo, come nel caso dell’*ager compascuus* e dell’*ager occupatorius*)<sup>42</sup>; senza soffermarsi, ancora, sulla nota distinzione

tra *dominium ex iure Quiritium* e *in bonis habere*, ossia tra la proprietà quiritaria e quella pretoria, le quali integravano nel loro insieme un macro-sistema dell’appartenenza composito, affidato a un continuo gioco correttivo tra l’uno e l’altro dei due sistemi del *ius* romano (di quello pretorio su quello civile), per il quale si usa parlare di *duplex dominium*<sup>43</sup>.

### 7. Il dibattito europeo in tema di proprietà: la definizione del DCFR

Dopo le forme dell’antico diritto privato europeo, appare opportuno spostare l’attenzione verso il nuovo diritto privato europeo.

In quest’ottica, è utile guardare alla definizione che della proprietà fornisce il *Draft of Common Frame of Reference*, ossia quella “cornice comune di riferimento” che – com’è noto – è pervenuta sul finire del 2009 alla c.d. *Full Edition*<sup>44</sup>.

In questa “codificazione” composta di *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, i cui intenti vanno ben oltre quelli di costituire una base per una discussione accademica<sup>45</sup>, sono prese in considerazione anche le situazioni di ap-

<sup>39</sup> Caratteri che la civilistica più accorta ha da tempo decostruito: già si è fatto richiamo a PUGLIATTI S., *La proprietà e le proprietà*, cit., 145 ss. Poi, sulle difficoltà poste dall’applicazione del tradizionale modello dominicale all’impresa, forma di “ricchezza” per antonomasia della nostra (moderna) società, tra molti, NICOLÒ R., *Riflessioni sul tema dell’impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *RDCo*, 1956, I, 180 ss.; IRTI N., *Proprietà e impresa*, Napoli, 1965.

<sup>40</sup> Cfr. Varr. 1.10.2: ... *bina iugera quod a Romulo primum divisa dicebantur viritim, quae heredem sequerentur, heredium appellarunt* ...

<sup>41</sup> Per tutti, lo studio di BURDESE A., *Studi sull’ager publicus*, Torino, 1952.

<sup>42</sup> Si veda CAPOGROSSI COLOGNESI L., *Dominium e possesso nell’Italia romana*, in *La proprietà e le proprietà*, cit., 141 ss.

<sup>43</sup> Su cui si vedano le ampie ricerche di VACCA L., in molti contributi, tra cui *Il c.d. duplex dominium e l’actio Publiciana*, in *La proprietà e le proprietà*, cit., 39 ss., nella cornice dei problemi della proprietà romana che sono nel loro complesso rappresentati da CAPOGROSSI COLOGNESI L., di cui può utilmente vedersi anzitutto la voce ‘*Proprietà (diritto romano)*’, in *ED*, XXXVII, Milano, 1988, 160 ss., oltre ai due volumi su *La struttura della proprietà in età repubblicana*, editi a Milano nel 1969 e nel 1976.

<sup>44</sup> *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, I-VI, München, 2009. Per un’analisi del diritto di proprietà, in prospettiva diacronica, che muove proprio dalla definizione che compare nel Libro VIII del DCFR, art. 1:202, mi permetto di far rinvio a DALLA MASSARA T., *Antichi modelli e nuove prospettive del diritto dominicale in Europa*, cit., 724 ss.

<sup>45</sup> In effetti il progetto del DCFR ha finora ricevuto un decisivo incoraggiamento da parte degli stessi

partenenza (oltre alla proprietà, il possesso): e si tratta di un fatto nuovo e inconsueto nel panorama dei recenti tentativi di elaborazione di un diritto “comune” europeo. Ebbene, nel libro VIII del DCFR, all’art. 1:202, si definisce la proprietà (*ownership*), come il più ampio dei diritti che una persona (*owner*) può avere su una cosa (*property*), incluso il diritto esclusivo, in compatibilità con le leggi e i diritti garantiti al proprietario, di usare, godere, modificare, distruggere, disporre e recuperare la proprietà.

Nella definizione proposta dal DCFR si trova quindi conservata, nei suoi tratti essenziali, la radice tradizionale dell’idea di proprietà.

L’apparato di commento della *Full Edition* spiega che «a definition like that in this Article is quite common in European legal system following a Roman law tradition in matters of property law»; e così subito di seguito ivi si illustra che «ownership is a right in rem, i.e. right of a person directly related to an asset [...], an absolute right being effective against everyone (erga omnes)». Quindi, trattando del contenuto della *Rule*, si legge che «the definition builds upon the idea of a legal relation between a person and a thing, the right provided by this legal relation being maximally comprehensive and of exclusive character». Stando alle note che seguono con specifico riferimento al *Civil Law*, verrebbe in rilievo una situazione da sempre incentrata su *Immediateness* e *Absoluteness*: «historically, the notion of property started acquiring its current connotations during the times of the Jus Quiritium. In fact, the ages of the Roman domination were characterised by a passage from a collective exploitation of the territory to a more individualistic use of the land. The private property, so-called dominium, was an expression of that absolute power which the

*state granted to the pater familias (i.e. the Roman citizen) within the familia. The pater familias enjoyed an unlimited power and the people subject to his potestas. The characteristics of such a power, indeed, are well synthesised by the Latin locution jus utendi et abutendi. In fact, no limits were established by the Roman state to the authority of the pater familias in the enjoyment of his own private property».*

Nel richiamo al carattere dell’ampiezza (ancorché si tratti di un carattere “quantitativo” e dunque per ciò stesso piuttosto vago), ma ancor più in quello all’esclusività, appare evocata l’idea che il diritto romano ci consegna del *dominium*, da intendersi come piena signoria sulla cosa.

Non v’è dubbio che l’affidamento a indici di carattere generale, come sono l’ampiezza e l’esclusività del diritto, i quali devono poi sempre essere dimensionati, non esaurisce un discorso che meriterebbe di essere condotto con grande cautela, tenendo conto del processo di “demitizzazione” cui l’istituto della proprietà è stato – almeno nell’ultimo secolo – sottoposto, al cui esito si è giunti efficacemente ad affermare che nel termine “proprietà” deve vedersi oramai soltanto un «artificio verbale per indicare la soluzione storica che un ordinamento dà al problema del legame giuridico più intenso fra un soggetto e un bene, o, in altre parole, la risposta all’interrogativo centrale sulla consistenza minima del “mio” giuridico; soluzioni e risposte che sono a doppio titolo molteplici, a seconda dei varii climi storici e a seconda dei varii contenuti che uno stesso clima storico dà a quell’involucro aperto e disponibile che convenzionalmente identifichiamo come proprietà»<sup>46</sup>.

Siamo dunque di fronte a una proprietà da intendersi, nella sua cellula minima, come diritto ampio ed esclusivo, ma i cui contenuti rimangono in larga parte da precisare.

organi comunitari: indicativa in proposito la Comunicazione adottata il giorno 11.10.2004 intitolata “Diritto contrattuale europeo e revisione dell’*acquis*: prospettive per il futuro”.

<sup>46</sup> Cfr. GROSSI P., *La proprietà e le proprietà nell’officina dello storico*, cit., 208.



Pur con quest'avvertenza, che può valere ogni qual volta ci si cimenti con concetti e definizioni generali, ma che con maggior forza occorre evidenziare di fronte a istituti – come quello proprietario – fortemente ideologizzati, sembra non esserci spazio per mettere in discussione il sostanziale radicamento della definizione del DCFR nell'antica idea del *dominium* romano; quel *dominium* nel quale si esprimeva un potere che – almeno secondo una non incontrovertibile ricostruzione – originariamente il *pater familias* esercitava in modo indistinto su cose e persone<sup>47</sup>.

Il richiamo che il DCFR fa all'idea di esclusività, in particolare, evoca per intero la contrapposizione concettuale inclusione/esclusione che è da collocarsi alla radice del modello dominicale: in altri termini, su ciò che è “mio” non è ammessa l'interferenza d'altri, perciò la proprietà è *ius ceteros excludendi*.

L'idea di un potere esclusivo (“pieno ed esclusivo”, secondo l'aggettivazione dell'art. 832 c.c., di cui già si è detto) costituisce il nucleo fondamentale della proprietà nella cultura giuridica contemporanea, permanendo punto di riferimento per le situazioni dell'“avere” in senso giuridico.

### 8. Linee di persistenza e di tendenza del diritto di proprietà

Sembra ora di poter concludere nel senso che, entro lo scenario del diritto privato europeo, non manca di evidenziarsi una significativa persistenza dell'antica radice della proprietà quale diritto ampio ed esclusivo, come *dominium*, da intendersi anzitutto come espressione di libertà.

I dati normativi nazionali (anzitutto Costi-

tuzione e codice civile), letti nella loro integrazione rispetto a quelli di provenienza sovranazionale (CEDU e Trattato di Lisbona; ma si è testé volta l'attenzione anche al DCFR), consegnano l'immagine di un modello dominicale caratterizzato, accanto a molte linee di persistenza, anche da talune altre linee che si potrebbero definire di tendenza.

Ebbene, rimane centrale il binomio proprietà/libertà: e ciò segna un riflusso rispetto allo sforzo novecentesco (di cui è significativo specchio la Carta costituzionale italiana) profuso nel senso della socializzazione del diritto di proprietà.

Semmai, nell'individuazione dei limiti della proprietà si vede come sia ampia la discrezionalità che si collega alla gestione dei margini di elasticità del modello dominicale: quanto a tale aspetto, però, risulta essenziale prendere in considerazione l'elaborazione proveniente dalla giurisprudenza.

Ancorché su ciò si tornerà a dire nel seguito<sup>48</sup>, occorre qui anticipare che – in linea generale – la ridefinizione dell'idea proprietaria appare affidata a una riflessione da svilupparsi intorno ai caratteri precipui del bene oggetto del diritto (un caso alquanto delicato cui si farà riferimento, quasi come terreno di sperimentazione del modello dominicale, è quello nel quale il bene oggetto dell'appartenenza sia da identificarsi con il corpo umano: occorrerà a tal proposito chiedersi se quest'ultimo possa dirsi oggetto di un diritto dominicale).

È quindi principalmente attraverso l'elaborazione casistica che prende forma un fenomeno di erosione del contenuto del diritto dominicale tale per cui, ferma restando l'identificazione della categoria generale

<sup>47</sup> D'altra parte, in quali termini il potere del *pater* potesse ritenersi unitario oppure differenziato in ragione degli oggetti ai quali esso si riferiva, prima dell'affermarsi della figura specifica del *dominium*, è – sulla base dei dati di cui disponiamo – oggetto di discussione: si veda, in specie muovendo dalle diverse opinioni di Filippo Gallo e di Luigi Capogrossi Colognesi, la ricostruzione dei problemi proposta da CORBINO A., *Schemi giuridici dell'appartenenza nell'esperienza romana arcaica*, in *La proprietà e le proprietà*, cit., 3 ss.

<sup>48</sup> Si veda *infra*, cap. II, § 7 ss.

dell'appartenenza *pleno iure*, la quale certamente assume a paradigma di massima intensità la proprietà tradizionalmente intesa come potere di godere e di disporre in modo pieno ed esclusivo, vanno però profilandosi forme di appartenenza di differente, gradata – e ancora non univoca – conformazione.

Si può dire che, se l'idea romana della pro-

prietà continua a costituire l'ossatura di base del nuovo modello dominicale, va però via via delineandosi intorno a quel nocciolo essenziale un sistema piuttosto ampio e articolato di situazioni di appartenenza caratterizzate da un minor grado di assolutezza ed esclusività.

TOMMASO DALLA MASSARA

## Capitolo II

### Requisiti essenziali del diritto di proprietà

**Riferimenti normativi:** art. 832 c.c.

**Bibliografia:** BARASSI L., *La proprietà nel nuovo codice*<sup>2</sup>, Milano, 1943; BIANCA C.M., *La proprietà*, in *Diritto civile*, VI, Milano, 1999; BIGLIAZZI GERI L., BRECCIA U., BUSNELLI F.D., NATOLI U., *Diritto civile*, II, *Diritti reali*, Torino, 1988; COSTANTINO M., *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. Rescigno*, VII, I<sup>2</sup>, Torino, 2005; DE MARTINO F., *Della proprietà*<sup>4</sup>, Artt. 810-956, in *Comm. Scialoja, Branca*, Bologna-Roma, 1976; GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, I, *Le categorie generali. Le persone. La proprietà*<sup>4</sup>, Padova, 2004; GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. Cicu, Messineo*, Milano, 1995; MATTEI U., voce "Proprietà", in *Digesto civ.*, XV, Torino, 1996; MENGONI L., *Proprietà e libertà*, in *RCDP*, 1988, 427 ss.; NATOLI U., *La proprietà. Appunti delle lezioni*, I, Milano, 1965; PERLINGIERI P., *Introduzione alla problematica della "proprietà"*, Camerino, 1971; PUGLIATTI S., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954; RAMACCIONI G., *La proprietà privata, l'identità costituzionale e la competizione tra modelli*, in *EDP*, 2010, 861 ss.; RODOTÀ S., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*<sup>2</sup>, Bologna, 1990; SALVI C., *Il contenuto del diritto di proprietà*, Artt. 832-833, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1994; SCOZZAFAVA O.T., *La proprietà*, in *Diritto civile*, diretto da LIPARI N. e RESCIGNO P. e coordinato da ZOPPINI A., II, Milano, 2009.

**Sommario:** **1.** Requisiti essenziali del diritto di proprietà: una lettura dell'art. 832 c.c. **2.** Altri requisiti del diritto di proprietà. **3.** La smaterializzazione della proprietà. **4.** Il regime della proprietà immateriale: TRIPs e direttiva *enforcement*. **5.** La ridefinizione del diritto dominicale su beni immateriali. **6.** Il fenomeno di smaterializzazione del bene-denaro. **7.** La proprietà nella prospettiva del "laboratorio" giurisprudenziale: il caso dell'appartenenza del corpo. **8.** I limiti collegabili al bene oggetto del diritto dominicale: la *res* che definisce il *ius*. **9.** Ancora sui limiti del diritto dominicale: il *locus rei* che definisce il *ius*.

#### **1. Requisiti essenziali del diritto di proprietà: una lettura dell'art. 832 c.c.**

L'art. 832 del codice vigente – distaccandosi dall'impostazione seguita dall'art. 436 del codice del 1865 – fornisce una definizione della proprietà non già da un punto di vista oggettivo, ossia del diritto in que-

stione, bensì collocandosi dal punto di vista del soggetto che di quel diritto è titolare.

Com'è noto, la disposizione stabilisce che "il proprietario ha il diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico".