

5. *La proprietà come libertà e il problema dei limiti nell'elaborazione della giurisprudenza. Primo caso: la 'res' che definisce il 'ius'.*

Quello dei limiti del diritto di proprietà costituisce un tema su cui lavorano con intensa attività le nostre corti, le quali sono chiamate a definire la portata concreta dell'art. 832 cod. civ. La ricostruzione del contenuto esatto del diritto di proprietà è dunque oggetto di quello che si potrebbe definire un inesausto laboratorio giurisprudenziale.

Mi sembra interessante evidenziare in questa sede i percorsi seguiti in un paio di decisioni recenti, nelle quali i giudici hanno affrontato casi in cui si poneva un problema di identificazione del contenuto della proprietà e dei suoi limiti. In particolare, porto l'attenzione su sentenze nelle quali l'elaborazione del concetto di proprietà muove – per così dire – ‘dall'interno’ della fattispecie, nel senso che la soluzione è ricavata dalla considerazione delle peculiarità del bene oggetto del diritto dominicale.

Non intendo toccare, invece, il vasto tema dell'espropriazione (art. 834 cod. civ.), in relazione al quale viene in rilievo il profilo che potrebbe definirsi ‘esterno’ della proprietà, nel senso che quest'ultima risulta incisa in consi-

## DIRITTI DOMINICALI E SITUAZIONI POSSESSORIE NEL VECCHIO E NUOVO DIRITTO EUROPEO

**SOMMARIO:** 1. L'attenzione ai modelli del diritto dominicale e del possesso. La scelta di un metodo. 2. PARTE PRIMA. Il modello della proprietà: l'indicazione del DCFR. 3. La radice antica del *dominium*. 4. La tendenza nel diritto europeo. Una riscoperta: la riconduzione della proprietà all'idea di libertà. 5. La proprietà come libertà e il problema dei limiti nell'elaborazione della giurisprudenza. Primo caso: la *res* che definisce il *ius*. 6. Secondo caso: il *locus rei* che definisce il *ius*. 7. La generale linea di tendenza verso la smaterializzazione del bene oggetto del diritto dominicale. 8. Un caso paradigmatico: la protezione del *know-how*. 9. Il fenomeno di smaterializzazione del denaro. 10. PARTE SECONDA. Il modello del possesso: l'indicazione del DCFR. 11. La significativa elaborazione del tema del possesso nella recente giurisprudenza italiana. 12. Una conferma del divieto della c.d. vendita del possesso. 13. La smaterializzazione del bene oggetto del possesso. 14. Sintesi e conclusioni nella prospettiva del diritto europeo.

1. *L'attenzione ai modelli del diritto dominicale e del possesso. La scelta di un metodo.*

Il titolo di questa relazione, che per la cortesia degli organizzatori dell'odierno Seminario sono invitato a tenere a un pubblico così autorevole, evoca una quantità di problemi pressoché incontrollabile: ciò dipende non solo dall'oggetto che si richiede di trattare, proprietà e possesso, ma anche dall'ulteriore dilatazione derivante dal fatto che esso è collocato nella prospettiva del diritto europeo del passato e del presente<sup>1</sup>.

Sono dunque lusingato per la fiducia dimostratami, che cercherò di ricambiare con un'adeguata capacità di sintesi. Di quest'ultima, in effetti, avrò ampiamente bisogno, giacché proprio sulla sintesi fa affidamento il metodo che intendo utilizzare per accostarmi all'immenso scenario che si dischiude innanzi.

L'unico metodo che ritengo proficuamente impiegabile per una ricognizione così ad ampio raggio è quello che conduce a concen-

<sup>1</sup> Il testo costituisce l'adattamento, con corredo essenziale di note, della relazione tenuta a Roma, nel contesto del Seminario 'Possesso: profili sostanziali e processuali', organizzato dal C.S.M. per l'aggiornamento dei magistrati, nei giorni 4-5 giugno 2009.

cosa d'altri che non per ciò che non è nostro»<sup>26</sup>. La radice del diritto assoluto per eccellenza nella cultura giuridica occidentale è per Rousseau la medesima da cui germoglia l'idea di sovranità pubblica: dominio reale e sovranità costituiscono una coppia che attraversa in parallelo il diritto privato e quello pubblico.

Ma il diritto di proprietà è il 'terribile' diritto anche per l'illuminato e – di sicuro moderato – Beccaria, che infatti non ebbe remore a metterne seriamente in discussione l'accettabilità in termini di giustizia<sup>27</sup>.

Ragionevole quindi pensare che l'interprete si faccia carico di un'attenta analisi dei limiti della proprietà.

<sup>26</sup> Cfr. J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, nella trad. it. di M. Garin, Roma-Bari, 2003.

<sup>27</sup> La citazione di Cesare Beccaria, «il diritto di proprietà (terribile, e forse non necessario diritto)», è tratta dal *Dei delitti e delle pene*: proprio queste parole aprono e danno il titolo alla raccolta dei saggi di S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., da cui si è ampiamente attinto.

mazione unilaterale del *meum esse aio* accompagnata dal contatto fisico della persona con la cosa per il tramite di una *vindicta* (da cui il *vindicare*). ‘Dico che la cosa è mia per diritto dei Quiriti’, asseriva il rivendicante: 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, al di fuori di un reale conflitto, in funzione stragiudiziale-negoziale.

Diritto di proprietà ossia diritto all’egoismo, dunque, come pure metteva in evidenza Rousseau nel suo *Contrat*, che in 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

trarre l’attenzione sui profili dei due ‘modelli generali’ delle situazioni di appartenenza. Si può anche dire che la proprietà, da un lato, e il possesso, dall’altro, rappresentino due differenti paradigmi del ragionamento giuridico, certo ampiamente controvertibili al loro interno, identificabili soltanto in via di approssimazione e senza alcuna pretesa di univocità; proprietà e possesso sono modelli che trapassano dal vecchio al nuovo diritto privato europeo, incidendo in maniera profonda sul suo svolgersi e, al contempo, del suo svolgersi essendo il frutto.

Così, mi pare che solo una rinuncia in termini di approfondimento analitico dei problemi (che in ogni caso qui certamente non sarebbe possibile) consenta di pervenire a taluni risultati utili sotto il profilo dell’identificazione delle linee di contorno di questi due modelli.

Se si decida di soffermare lo sguardo sui tratti caratterizzanti delle differenti forme di appartenenza rappresentate da proprietà e possesso, allora si rivela senza dubbio coerente la scelta, che il titolo della relazione presuppone (e mi impone), di guardare al diritto di ieri e di oggi.

Come ho appena detto, la scelta è quella di adottare per strumento ermeneutico un’idea

di ‘modello generale’ la cui identificabilità è affidata alla constatazione del formarsi di un gruppo di regole fondamentali – e collegati meccanismi applicativi – che mostrano una coerenza di fondo e una sostanziale stabilità. Orbene, siffatta identificazione è possibile solo se si guarda a quel che resta, a cospetto di ciò che muta, nell’arco di una distensione cronologica piuttosto lunga; in altri termini, proprio nel gioco del contrasto tra aspetti di continuità e di discontinuità è dato cogliere il permanere di alcune (poche e fondamentali) linee caratterizzanti<sup>2</sup>, le quali segnano la struttura minima di un modello.

Il mio discorso muoverà dal diritto europeo che oggi va delineandosi (ho scelto di partire da un confronto del DCFR) per risalire – in un movimento cronologicamente a ri-

---

<sup>2</sup> Parlando di continuità/discontinuità non si può invero sottacere il rischio di irrigidimento che si corre nell’utilizzazione di uno strumento che presuppone lo stesso «movimento regolatore» all’interno del quale esso si colloca; «nozione paradossale, quella di discontinuità: infatti è contemporaneamente oggetto e strumento di ricerca»: si veda M. FOUCAULT, *L’archeologia del sapere. Una metodologia per la storia della cultura*, trad. it. di G. Bugliolo, Milano, 2009, in specie 13 ss. A me basta qui intendere, evocando continuità e discontinuità, che si osserveranno i ‘grandi’ movimenti della storia e quali peculiarità essi presentano.

condizione di autodeterminazione, di autonomia, non dipendenza del soggetto»<sup>25</sup>.

Quindi, se il binomio concettuale che viene adottato da CEDU e Carta di Nizza è proprio quello ‘proprietà-libertà’, appare del tutto consequenziale che il fuoco dell’attenzione si sposti 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. 154 Costituzione di Weimar; art. 42 Costituzione europea), risulta messo in luce quello della confinazione che l’ordinamento traccia attorno al diritto dominicale. 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 limiti di essa.

Non si può dimenticare, in effetti, che il diritto di proprietà corrisponde per sua stessa essenza a un diritto all’egoismo, quell’egoismo che è quasi teatralizzato nell’antico rito romano della rivendica effettuata mediante la *legis actio sacramenti in rem*, incentrata sull’affer-

---

<sup>25</sup> Così, efficacemente, A. NICOLUSSI, nel suo recente saggio *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 22, nt. 55.

venzione europea e approvato il 18 giugno del 2004, finalmente in vigore dal 1° dicembre 2009, a seguito di un lungo travaglio che si è concluso soltanto con la nota sentenza della Corte Costituzionale della Repubblica Ceca in senso favorevole alla compatibilità del Trattato con la Carta fondamentale di quel paese.

Sembra potersene evincere che la linea direttrice seguita da CEDU e Carta di Nizza è segnata da una riconduzione del diritto di proprietà alla radice dell'idea di libertà, secondo una prospettiva che risulta quindi non coincidente con quella adottata – per gli esempi che si sono fatti – nella Costituzione weimariana e nella nostra stessa Carta fondamentale. L'impostazione del nuovo diritto europeo si riallaccia semmai in modo più diretto alla matrice ottocentesca, nella quale al centro è un «soggetto che gioca la sua libertà nel campo delle scelte relative a beni materiali», rispetto a cui «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 per il suo lavoro. La proprietà perciò come

troso – all'impronta fondamentale lasciata dall'esperienza del diritto romano. Insomma, partirò dalla domanda «dove stiamo andando?» per vedere poi da dove veniamo. Oltre alla persuasione che solo così sia possibile cogliere il profilo della continuità di linee di struttura cui ho appena fatto cenno, a ciò mi spinge l'idea che il nuovo diritto privato europeo debba maturare con piena consapevolezza delle sue radici. E questo mi pare il presupposto perché possa farsi qualsivoglia scelta, sia essa di conservazione come pure – quando sia necessario – di rottura. Ma di ciò dirò meglio nelle conclusioni.

Per quanto l'adozione del metodo che ho cercato brevemente di illustrare conduca a guardare ai fenomeni che ci interessano in una visione 'dall'alto', tuttavia ritengo che non si rivelerebbe proficuo un discorso che si mantenesse soltanto sui profili generali e astratti. Viceversa, mi sembra necessario che la 'bontà operativa' di un modello (*id est* la reale capacità di rappresentazione di situazioni che, come si è detto, mostrano soltanto una relativa stabilità), possa dirsi saggiata solo quando, almeno per gli aspetti più critici, ne sia sperimentato il limite nella casistica.

La casistica alla quale farò riferimento è ricavata dalla giurisprudenza italiana recente:

limiterò dunque il campo a un confronto tra i modelli di proprietà e possesso nel diritto europeo e alcune decisioni – che mi sono parse significative – delle nostre Corti.

## 2. PARTE PRIMA. *Il modello della proprietà: l'indicazione del DCFR.*

Cominciando con il guardare al modello dominicale, scelgo di prendere le mosse dalle indicazioni provenienti dal testo di diritto europeo che più recentemente si è dato carico di identificare nella sua essenza il concetto di proprietà. Intendo riferirmi alla definizione di proprietà che compare nel *Draft of Common Frame of Reference* (d'ora in poi, per brevità, DCFR), ossia quella 'cornice comune di riferimento' del diritto privato europeo che è giunta alla seconda stesura all'inizio del 2009 (dopo che la prima versione era apparsa agli inizi del 2008) e di cui sul finire dello stesso anno è stata proposta la c.d. *Full Edition*<sup>3</sup>, os-

<sup>3</sup> *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of reference (DCFR). Full Edition*, I-VI, München, 2009. In precedenza era stata pubblicata la c.d. *Outline Edition*, senza apparato di commenti, mentre da principio era stata divulgata soltanto la c.d. *Interim Outline Edition*. Notizie aggiornate

La prospettiva che viene in considerazione, guardando alla CEDU, è in primo luogo quella della protezione della proprietà intesa come espressione fondamentale di libertà dell'uomo, anzitutto nei confronti delle prerogative dello Stato. Questa stessa filosofia si ritrova anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea di Nizza del 7 dicembre 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 disporre e di lasciarli in eredità etc.», parole nelle quali si nota il riemergere del collegamento tra proprietà ed eredità, cui si è fatto cenno poc'anzi evocando l'antichissima figura dell'*heredium*.

Il medesimo testo viene recepito senza variazioni nel progetto di Trattato istitutivo della Costituzione per l'Europa adottato dalla Con-

---

per l'ablazione del suo diritto dominicale, la vicenda ha condotto alla 'coppia' delle sentenze nn. 348 e 349 del 24 novembre 2007, nonché alla riscrittura, con la legge finanziaria del 2008 (n. 244 del 24 dicembre 2007, art. 21, commi 89 e 90) dei primi due commi dell'art. 37 del T.U. sulle espropriazioni (d.P.R. n. 237 del 2001): sul punto, con attenzione ai delicati problemi di coordinamento tra le fonti, M. TRIMARCHI, *Proprietà e indennità di espropriazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 1021 ss.

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 P.A. (si veda Cass., sez. un., 26 febbraio 1983, n. 1464). Ciò, all'evidenza, presuppone una situazione di superiorità della P.A. 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 novembre 1996, n. 369, con la quale fu dichiarata l'illegittimità della previsione della l. 359 del 1992 (estesa ai casi di occupazione acquisitiva preesistenti a quella data dalla l. 549 del 1995), 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 C. Cost., 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 maggio 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 P.A. Sotto il profilo del *quantum* dell'indennità spettante al privato

sia un'edizione che riporta assieme al testo un apparato di commento e note, ricevendo fin da subito grande attenzione (assai più nel resto d'Europa, per la verità, che non in Italia, dove il dibattito tende a essere piuttosto 'domestico'<sup>4</sup>).

Il DCFR, avente per oggetto *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, costituisce – com'è noto – un'elaborazione ampia, messa a punto da una commissione di studiosi che dovrebbe essere rappresentativa delle differenti anime giuridiche europee. Si tratta di un insieme di regole con le quali credo davvero che non si potrà mancare di fare i conti nel futuro prossimo.

Occorre dire che siamo qui di fronte a una 'codificazione' (almeno in un senso assai largo) di principi, definizioni e norme che spazia dal diritto dei contratti alla proprietà, ai modi di trasferimento della stessa. Né tale raccolta si propone quale base per una discussione accademica dalle ricadute concrete soltanto e-

---

sullo 'stato dell'arte' del *Common Frame* sono sempre reperibili nel sito della casa editrice [www.sellier.de](http://www.sellier.de).

<sup>4</sup> Senza per ciò – beninteso – pensare che la dovuta attenzione per questo testo debba tradursi in un plauso incondizionato per il medesimo. Anzi, si tratta di un'opera – una volta che la si giudichi nel merito – anche ampiamente criticabile.

ventuali: con essa invece si tenta di disegnare il diritto privato europeo di domani, in tal senso essendosi manifestato un decisivo incoraggiamento da parte degli stessi organi comunitari<sup>5</sup>, che mostrano sia pur paludatamente di ‘scommettere’ sul DCFR per la costruzione di un’effettiva armonizzazione – non ancora uniformazione, direi – del diritto europeo, pur a fronte del pudore («*excusatio non petita*», nella sottile provocazione di Busnelli<sup>6</sup>) dei suoi estensori, che nell’introduzione riconducono l’iniziativa soltanto a un gruppo di *European Legal Scholars*.

Sintomatico di questa profonda tensione verso la più completa armonizzazione del diritto privato europeo, che anima il DCFR, è il fatto che – come si è appena detto – in esso è contenuta la disciplina non solo dei contratti e delle obbligazioni (come per esempio nel ben noto antecedente diretto, rappresentato dai PECL, ma anche nel c.d. progetto Galdolfi o anche nel pur intrinsecamente diverso testo di

<sup>5</sup> Indicativa in proposito la Comunicazione adottata il giorno 11 ottobre 2004 intitolata ‘Diritto contrattuale europeo e revisione dell’*acquis*: prospettive per il futuro’.

<sup>6</sup> Così F.D. BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell’incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 304.

aggiuntivo, sottoscritto il 20 marzo 1952, che 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 la CEDU garantisce la tutela del diritto dominicale e sembra che la prospettiva di riferimento sia essenzialmente quella di un confronto con le esigenze (*in primis* espropriative) dello Stato: 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 – della c.d. occupazione acquisitiva, ossia di quella particolare modalità di acquisto, riconosciuta dalla nostra giurisprudenza a partire dall’inizio anni Ottanta, a vantaggio della P.A. che abbia occupato illegittimamente e trasformato un fondo, realizzandovi un’opera pubblica, pur in assenza di un valido provvedimento di espropriazione<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Il punto focale della problematica dell’occupazione acquisitiva è – per dirla in breve – rappresentato dal fatto che si tratta di atto illecito, il quale però espone

4. *La tendenza nel diritto europeo. Una riscoperta: la riconduzione della proprietà all'idea di libertà.*

Oggi, nel complesso scenario del diritto privato europeo, non v'è dubbio che la proprietà costituisca un pilastro fondamentale, direi di riferimento ideale (se non ideologico). Si può dire che su di esso in ultima analisi poggia il complessivo impianto dei sistemi giuridici di matrice occidentale. Si chiedeva Filippo Vassalli: «che cosa è difatti il codice civile e, più in generale, il diritto civile, se non una data disciplina dell'umano commercio? Il diritto civile è, più particolarmente, 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 mediatamente, sul riconoscimento della proprietà individuale*»<sup>23</sup> (corsivo mio).

La CEDU del 4 novembre del 1950 (ratificata in Italia con l. 4 agosto 1955, n. 842) prevede il diritto alla libertà e alla sicurezza, i diritti di libertà individuale e collettiva, senza però espressamente menzionare il diritto di proprietà. È però già nel primo Protocollo

<sup>23</sup> Così F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile (1947)*, in *Studi giuridici*, II, 2, Milano, 1960, 614, nt. 1.

diritto uniforme predisposto dall'Unidroit), ma anche delle 'classiche' situazioni di appartenenza: proprietà e possesso.

Si tenga conto inoltre che le indicazioni ricavabili dal DCFR sono tanto più preziose perché manca una disciplina delle situazioni di appartenenza a livello di diritto europeo: né in trattati né in altre fonti comunitarie sono ravvisabili definizioni o regole omogenee su proprietà e possesso. Anzi, espressamente l'art. 295 del Trattato istitutivo proclama la propria scelta di disinteressarsi di questi istituti, lasciando la loro regolamentazione per intero agli Stati membri: manca all'evidenza una sufficiente base comune ai vari ordinamenti, perché sul punto possa, almeno a oggi, prefigurarsi un intervento normativo.

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.

A margine di siffatta definizione, mi limito soltanto a rilevare che all'articolo precedente, 1:201, si afferma che per *Goods* devono intendersi le cose corporali, con riferimento esem-

plificativo a navi, bastimenti, *hovercraft* e velivoli, oggetti spaziali, animali, liquidi e gas. Inoltre, in vista di quanto dirò più avanti, porto l'attenzione sull'ultimo comma dell'art. 1:101 (che, per com'è strutturata la materia all'interno del libro – di cui è specchio la non semplice numerazione degli articoli, a doppia progressione separata da due punti –, si colloca nella Sezione precedente), nel quale si stabilisce che la disciplina del libro sulla proprietà trova applicazione alle banconote e alle monete che hanno corso legale.

### 3. *La radice antica del 'dominium'.*

Nella definizione dell'art. 1:202 del libro VIII del DCFR mi pare possa vedersi conservata, almeno in linea di massima, la radice antica del diritto 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, esplicitando il contenuto della *Rule*, si legge

di articolazioni dell'appartenenza (anche in ragione delle caratteristiche del fondo, come nel caso dell'*ager compascuus* e dell'*ager occupatorius*)<sup>21</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 sistema dell'appartenenza composito, affidato a un continuo gioco correttivo tra l'uno e l'altro dei due sistemi del *ius romano* (*rectius*, di quello pretorio su quello civile), per il quale si usa parlare di *duplex dominium*<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Si veda L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *'Dominium' e 'possessio' nell'Italia romana*, ne *La proprietà e le proprietà*, cit., 141 ss.

<sup>22</sup> Su cui si vedano le ampie ricerche di L. VACCA (per esempio, *Il c.d. 'duplex dominium' e l'actio publiciana*, ne *La proprietà e le proprietà*, cit., 39 ss.), nella cornice dei problemi della proprietà romana che sono nel loro complesso rappresentati da L. CAPOGROSSI COLOGNESI, di cui può utilmente vedersi anzitutto la voce *Proprietà (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, 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.

fenomeno dominicale romano, il quale era invece articolato al suo interno in una molteplicità di ‘modi’ dell’avere. Al riguardo, vale la pena almeno di precisare che, al di là di quell’appartenenza completa e inattaccabile – anche nella trasmissione generazionale – del *dominium* che in antico era rappresentata dalla cellula fondamentale dell’*heredium*, ossia un piccolo fondo avito che si sarebbe trasmesso dal *pater* ed era finalizzato alle esigenze della famiglia<sup>19</sup>, il diritto romano conosceva il fenomeno assai rilevante dell’*ager publicus*, ossia di un suolo pubblico attribuito soltanto in concessione ai *cives*, con facoltà di sfruttamento ma teoricamente sempre revocabile<sup>20</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

---

samento complessivo dell’istituto, a valle di queste riflessioni, si trova in U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, I, Milano, 1965. Su tutti questi aspetti, più di recente, S. RODOTÀ, *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali*, ne *Il terribile diritto*, cit., 47 ss.

<sup>19</sup> Cfr. Varr. 1.10.2: [...] *bina iugera quod a Romulo primum divisa dicebantur viritim, quae heredem sequerentur, heredium appellarunt.*

<sup>20</sup> Per tutti, lo studio di A. BURDESE, *Studi sull’‘ager publicus’*, Torino, 1952.

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*». Si tratterebbe, stando alle note che seguono con specifico riferimento al *Civil Law*, di 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 synthesized 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 carattere ‘quantitativo’ e dunque di per sé non affidante), 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 generali, come 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 vari climi storici e a seconda dei vari contenuti che uno stesso clima storico dà a quell'involucro aperto e disponibile che convenzionalmente identifichiamo come proprietà»<sup>7</sup>.

Dunque l'idea di proprietà appare oggi come una 'nebulosa semantica', in qualche modo aggrappata ai caratteri dell'ampiezza e

<sup>7</sup> Cfr. P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, ne *La proprietà e le proprietà*, a cura di E. Cortese, Milano, 1988, 208.

era ravvisabile la migliore reazione di fronte alle incertezze, invise al nuovo ceto mercantile, collegabili – guardando all'indietro – alla pluralità delle situazioni di appartenenza di epoca feudale: si pensi alla 'classica' 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>17</sup>. Sicché a ben vedere la proprietà borghese, impostasi con caratteri di pienezza e unitarietà quasi sacralizzati seppure oggi largamente ridimensionati<sup>18</sup>, non potrebbe dirsi specchio fedele del

<sup>17</sup> Sul punto, P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 238 ss.

<sup>18</sup> Caratteri che la civilistica più accorta ha da tempo decostruito: si veda in specie S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, ne *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, 145 ss. Occorre tener conto che, pochi anni prima di tale pubblicazione, l'Autore aveva prospettato la tesi – allora quasi iconoclasta – della molteplicità degli statuti proprietari (idea centrale della sua monografia) nel contesto del congresso nazionale di diritto agrario, dunque avendo lo sguardo rivolto proprio alla 'tradizionale' proprietà terriera. Poi, sulle difficoltà poste dall'applicazione del modello dominicale all'impresa, forma di 'ricchezza' per antonomasia nella società moderna, valga per tutti R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, 180 ss. Un ripen-

weimariana non si vede una proprietà sottoposta a obblighi (come poi nel nostro art. 832 cod. civ.), bensì – vorrei rimarcare quest’aspetto – una proprietà che essa stessa ‘obbliga’.

A ciò merita aggiungere almeno a margine, e in sintesi, che nel dire del fenomeno soprattutto novecentesco di ‘socializzazione’ del diritto di proprietà apparirebbe del tutto semplicistico e storicamente non corretto contrapporre una rappresentazione secondo la quale l’antico *dominium* romano sarebbe stato invece una situazione giuridica unitaria e quasi monolitica di attribuzione di potere.

In effetti va osservato che l’unitarietà e la monoliticità della proprietà romana sono in buona parte il frutto, a propria volta, di una falsante ideologizzazione in specie sette-ottocentesca, da collegarsi all’affermazione della classe borghese, la quale avvertiva forte l’esigenza di attrezzare l’ordinamento giuridico di una situazione di appartenenza proprio in quel senso caratterizzata. Dunque si può dire che il trionfo della proprietà, che nella retorica della Dichiarazione del 1789 e poi della Costituzione del 1791 è proclamata *droit inviolable et sacré*, si sia ampiamente nutrito dell’idea di un *dominium* quasi granitico, corrispondente al più pieno potere sulla cosa, giacché in ciò

dell’esclusività, ma i cui contenuti rimangono in larga parte da precisare.

Pur con quest’avvertenza, che può valere ogniqualvolta ci si accosti con strumenti definitivi all’insidioso mondo dei concetti giuridici (*omnis definitio periculosa!*), ma che a maggior ragione deve ribadirsi per i concetti – come quello di proprietà – fortemente ideologizzati, mi pare non vi sia spazio per mettere in discussione il sostanziale radicamento della definizione del DCFR nell’antica idea del *dominium* romano; quel *dominium* nel quale si esprimeva il potere che – almeno secondo un’accreditata ricostruzione, la quale talora però quasi sconfinava nella ‘mitologia giuridica’ – il *pater familias* originariamente esercitava in modo indistinto su cose e persone<sup>8</sup>.

L’idea di potere pieno ed esclusivo (questa l’aggettivazione che si ricava dall’art. 832 cod. civ.; ma si veda anche l’art. 544 del *code Napoléon*)

<sup>8</sup> D’altra parte, in quali termini tale potere del *pater* possa ritenersi unitario oppure differenziato in ragione degli oggetti ai quali esso fosse riferibile, prima dell’affermarsi della figura specifica del *dominium*, è – sulla base dei dati di cui disponiamo – oggetto di ampia discussione: si veda, in specie muovendo dalle opinioni di Filippo Gallo e di Luigi Capogrossi Colongesi, la ricostruzione di sintesi proposta da A. CORBINO, *Schemi giuridici dell’appartenenza nell’esperienza romana arcaica*, ne *La proprietà e le proprietà*, cit., 3 ss.

*léon*, nonché il § 903 BGB) costituisce il nucleo fondamentale della proprietà ancora nella cultura giuridica moderna, punto di riferimento per le situazioni dell'‘avere’ *secundum ius*. 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*. Siamo dunque di fronte all'archetipo dell'idea di *dominium*.

In un diritto così delineato 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 sul quale tale diritto trova esplicazione, *in primis* dunque con la terra: il *νόμος* 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 *νόμος*, che viene da *νέμειν*, da cui emerge l'idea della distribuzione, dell'assegnazione, in origine della spartizione del territorio per il pasco-

struttura concettuale del *ius in rem* lega il soggetto alla cosa (soggetto → *res*).

L'elaborazione del contenuto del diritto di proprietà che si riscontra nella nostra Carta fondamentale, mercé il depotenziamento della sua portata individualistica, era d'altra parte debitrice degli esiti di un dibattito assai ampio, mosso da una ridiscussione culturale complessiva dell'istituto della proprietà sotto il profilo delle dottrine politiche, economiche e sociali, che dalla seconda metà dell'Ottocento si sarebbe poi estesa ad attraversare il Novecento; e si trattava di un dibattito che aveva dato i suoi frutti già da qualche tempo, come dimostra il fatto che nel 1919 l'art. 154 della Costituzione di Weimar, assai suggestivamente, era giunto a stabilire che «la proprietà *obbligata*», dunque dando luogo a un rovesciamento di prospettiva rispetto all'immagine tradizionale del *dominium*, attributivo di ‘puro potere’, del quale si è detto<sup>16</sup>. Quindi nella concezione

<sup>16</sup> Ancorché S. RODOTÀ, *Il sistema costituzionale della proprietà*, cit., 305, sulla base dei lavori preparatori, non accredita l'idea di un'influenza particolarmente incisiva del precedente rappresentato dalla Costituzione weimariana rispetto all'elaborazione dell'art. 42 della nostra Carta, vedendo nel richiamo al testo tedesco che compare nella ‘relazione Taviani’ non più che una «clausola di stile».

nuovo contesto dei rapporti economici è ottenuta facendo leva sulla «funzione sociale» – secondo la nota espressione adottata nell’art. 42 – che la proprietà è chiamata ad assicurare<sup>15</sup>. Quindi decisivo è l’inserimento dell’idea stessa di ‘funzione’ entro la struttura concettuale della proprietà (richeggia un certo funzionalismo alla Emilio Betti, che tanta fortuna riscosse con riguardo al negozio giuridico), giacché ciò destabilizza dall’interno lo schema antico di un diritto inteso come attribuzione di facoltà che possono eventualmente essere limitate (art. 544 del codice napoleonico, art. 436 del codice italiano del 1865), abbinarsi a obblighi (art. 832 del codice civile del 1942), ma con difficoltà ben maggiore tollerano di essere (pre-)orientate.

Nel collegamento con l’idea di funzione è in effetti significativamente impressa una ‘direzionalità’ all’immaginario vettore che nella

<sup>15</sup> Sul punto, S. RODOTÀ, *Il diritto di proprietà tra dommatica e storia*, ne *Il terribile diritto*, cit., in specie 190 ss., nonché, *ibidem*, *Il sistema costituzionale della proprietà*, 273 ss. Cfr. inoltre T. PASQUINO, *Il ‘contenuto minimo’ del diritto di proprietà tra codice civile e Carta costituzionale*, ne *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di M. Tamponi ed E. Gabrielli, Napoli, 2006, 33 ss.

lo)<sup>9</sup>. Dunque il diritto è la misura (*vóμος*) di uno spazio terrestre, della *iustissima tellus* di cui l’uomo si appropria, consegnando a un segno, a un confine (*Terminus*, addirittura divinizzato nella spiritualità dei Romani) il senso della sua appartenenza, proprio come Romolo avrebbe affidato a un solco d’aratro la delimitazione dell’*antiquissimum pomerium*<sup>10</sup>.

Si vede quindi plasticamente 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 individua nel limite, nel confine (della proprietà, per ciò che qui si va dicendo, ma anche dello Stato, se si volesse guardare alla prospettiva del *ius publicum*) uno dei suoi canoni fondanti<sup>11</sup>.

La matrice concettuale del *dominium* romano si ritrova, nel panorama delle codificazioni europee, nell’art. 544 del *code Napoléon*, con il

<sup>9</sup> Suggestioni ricavabili da C. SCHMITT, *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>10</sup> Cfr. Gell. 13.14.2.

<sup>11</sup> Su questa linea le considerazioni di U. VINCENTI, *Diritto senza identità. La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Roma - Bari, 2007, in specie XIII ss.

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>12</sup>.

L'elaborazione concettuale della Pandettistica assunse il diritto di proprietà a modello dei diritti del privato, facendone il terreno di sperimentazione della più ampia attribuzione di poteri che la sistematica delle situazioni giuridiche soggettive potesse prevedere<sup>13</sup>. Con il § 903 BGB si riconosce al proprietario il diritto di agire sulla cosa a proprio piacimento escludendo gli altri da ogni ingerenza, in quanto non si oppongano la legge o i diritti di terzi.

L'art. 544 del codice francese 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

<sup>12</sup> Sul modello napoleonico della proprietà, S. RODO-TÀ, *La definizione della proprietà nella codificazione napoleonica*, ne *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*<sup>2</sup>, Bologna, 1990, 75 ss.

<sup>13</sup> Con la conseguenza di qualche contorsione logica, come nel caso della celebre definizione di B. WINDSCHEID, secondo cui «la proprietà come tale è illimitata; ma ammette restrizioni» (così in *Diritto delle Pandette*, trad. it. a cura di C. Fadda e P.E. Bensa, I, Torino, 1930, 591).

assoluta, purché non se ne faccia un uso vietato dalle leggi e dai regolamenti».

La medesima idea di proprietà è alla base dell'art. 832 del nostro codice vigente, il quale si esprime in termini di potere sulla cosa, in specie come diritto di godere e di disporre di essa «in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico». E però, rispetto all'immagine della proprietà che emerge dai codici ottocenteschi, occorre registrare come con l'art. 832 del codice del 1942 sia introdotto un significativo richiamo, più che ai limiti, agli obblighi che alla proprietà si connettono<sup>14</sup>.

Una parziale eterogenesi del potere che la proprietà attribuisce a chi ne sia titolare è realizzata dalla nostra Costituzione del 1948, la quale annovera la proprietà entro il Titolo III della Parte I sui 'Rapporti economici', in tal modo realizzando una decontestualizzazione del più antico dei diritti rispetto al suo campo tradizionale, ossia quello dei diritti dell'individuo: la ricollocazione della proprietà nel

<sup>14</sup> Oltre all'art. 832 cod. civ., si veda l'art. 833 cod. civ. in tema di atti emulativi, l'art. 834 cod. civ. sull'espropriazione, l'art. 835 cod. civ. sulle requisizioni, nonché l'art. 839 cod. civ. sui beni d'interesse storico e artistico.

ne presso terzi. E ancora: il gioco con le categorie tradizionali si fa più sottile nel momento in cui si riconosce che la tutela ripristinatoria che concettualmente si lega a un'*actio in rem* possa, nel caso della proprietà intellettuale, assumere essa stessa la forma di un risarcimento del danno; ritiene che si ponga proprio un problema di *quomodo* della tutela Paolo Spada quando, chiedendosi «come si restituisce la risorsa intangibile della quale si dispone senza titolo?», rileva «la risposta che, allo stato del dibattito, mi sembra plausibile è questa: si agiudica all'avente diritto il corrispettivo dell'uso della risorsa (*equitable royalty*). Questa è restituzione non risarcimento. Non è detto, infatti, che ci sia distruzione di ricchezza altrui; c'è disappropriazione di ricchezza altrui!»<sup>65</sup>.

#### 8. *Un caso paradigmatico: la protezione del 'know-how'.*

La ridefinizione del modello del diritto dominicale, imposta dall'immaterialità del bene su cui quel diritto è esercitato, può utilmente saggiarsi se si volge uno sguardo alla

<sup>65</sup> P. SPADA, *Conclusioni*, cit., 191.

derazione delle particolari prerogative riconosciute alla P.A.; come pure non mi occuperò delle compressioni della proprietà che possono derivare dalla requisizione (art. 835 cod. civ.) o dalla disciplina dei beni d'interesse storico e artistico (art. 839 cod. civ.).

Come si è detto, la giurisprudenza affronta il tema dei limiti della proprietà con attenzione casistica: ed è evidente il costante sforzo, nel quale essa si cimenta, di adeguamento della proprietà alle istanze, non solo giuridiche ma inevitabilmente anche culturali e in senso lato assiologiche, via via emergenti nella società.

La prima delle due pronunce che esaminerò è quella di Cass. 15 settembre 2008, n. 23676.

Si tratta di una sentenza piuttosto nota<sup>28</sup>, la quale stabilisce, per quel che qui mi preme di evidenziare (e così adottando un punto di osservazione piuttosto differente rispetto a quello da cui i commentatori l'hanno considerata), che una manifestazione della volontà che incide sul proprio corpo debba essere 'seria' e

<sup>28</sup> La si può leggere in *Corriere giur.*, 2008, 1671 ss., con nota di F. FORTE, *Il dissenso preventivo alle trasfusioni e l'autodeterminazione del paziente nel trattamento sanitario: ancora la Cassazione precede il legislatore nel riconoscimento di atti che possono incidere sulla vita.*

‘cronologicamente ravvicinata’ rispetto al momento in cui si producano gli effetti di tale atto di volontà. Più precisamente, il caso all’attenzione della Corte è quello di un paziente che intenda esercitare il diritto di rifiutare le cure mediche, nella specie opponendosi alla trasfusione di sangue, anche nell’ipotesi in cui quel rifiuto possa cagionare la sua morte.

Ebbene, nella sentenza si afferma che il dissenso rispetto alle cure deve essere espresso, inequivoco e attuale: non varrebbe viceversa un dissenso che fosse manifestato in un momento significativamente antecedente rispetto a quello nel quale si verifichi la situazione di pericolo di vita. Si tratta di un punto che ritengo dogmaticamente nient’affatto ‘innocuo’: e per questo mi ci soffermo.

Come ho detto, non è di per sé sul diritto di autodeterminazione del paziente e nemmeno sulla tematica del c.d. consenso informato, con tutte le sue implicazioni (in specie: il problema della vincolatività delle dichiarazioni anticipate di trattamento<sup>29</sup>), che intendo portare qui l’attenzione.

<sup>29</sup> Tema assai complesso su cui è utile la schematizzazione delle possibili soluzioni di F. MANTOVANI, *Problematrice giuridiche di fine vita*, in *Per uno statuto del corpo*, a cura di C.M. Mazzoni, Milano, 2008, 202 ss. Sul te-

neità a un godimento esclusivo, che fa del bene immateriale comunque un bene (da un punto di vista statico), sembra così doversi conciliare con l’esigenza, propria dei beni immateriali, che essi trovino (sotto il profilo dinamico) un’esteriorizzazione e una diffusio-

---

di vista giuridico. Non si può capire l’importanza di una simile conclusione senza ricordare l’importanza analoga che ha per le cose corporali il diritto reale o meglio il potere sulla cosa. In senso formale e astratto, la soluzione non potrà che essere la stessa; e cioè sarà sempre data, come del resto abbiamo visto, dall’esistenza di una posizione di tutela rispetto al bene. In realtà, però, mentre nelle cose corporali il riferimento al diritto, grazie alla tipicità delle forme di utilizzazione, ha in sé un significato costruttivo già compiuto, nelle cose incorporeali l’esistenza del diritto non ci aiuta affatto a conoscere com’è costruita la loro oggettività di ‘beni’. Vogliamo dire che nelle cose incorporeali il rapporto tra il diritto e il godimento, ossia il contenuto, non è così meccanico come in quelle corporali; e appunto per questo il problema del modo in cui il godimento si realizza, dal punto di vista della costruzione tecnica, prende il posto di qualunque altro». Siffatte considerazioni rievocano un’idea di proprietà differente rispetto a quella di godimento pieno ed esclusivo del bene limitato soltanto dalla legge, bensì ricollegabile a un beneficio, una remunerazione, in vista di un interesse generale, di un servizio reso alla collettività, idea alla quale fa riferimento P. GROSSI, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992, 454 ss.

va che «l'*esclusiva* (dell'autore, dell'inventore brevettante, del titolare del marchio registrato) è *riserva d'attività non appartenenza*»<sup>62</sup> (i corsivi sono dell'Autore). Dunque permarrebbero i caratteri essenziali dell'*actio in rem*, senza però che – a ben vedere – la relazione del soggetto con la *res* possa propriamente esprimersi in un 'avere' giuridico: o, per lo meno, manca un'appartenenza nel senso tradizionale. La struttura dominicale assorbe in effetti, quale suo oggetto, un bene che è esso stesso una 'creazione' del diritto<sup>63</sup>. Non solo: il bene di cui si tratta – integrato da idee, conoscenze, informazioni o altre entità immateriali – mostra la sua utilità proprio in quanto sia fruibile da altri e non già per l'appartenenza esclusiva a un soggetto, con la conseguenza che risulta assai difficile trattenere quell'immaterialità all'interno di una teoria generale delle cose, corporali e incorporali<sup>64</sup>. Il criterio dell'ido-

<sup>62</sup> Così P. SPADA, *Conclusioni*, cit., 191.

<sup>63</sup> Cfr. T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, 353 ss.

<sup>64</sup> Osserva D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica*, cit., 147 s., che «se è vero, come crediamo sia vero, che la forma specifica di godimento è ciò che distingue nella loro oggettività giuridica le cose corporali dalle cose incorporali, si deve concludere che il modo in cui si realizza il godimento costituisce il criterio di individuazione e qualificazione dei beni immateriali dal punto

Invece, una volta che si decida di leggere la sentenza nell'ottica di un'indagine sul diritto di natura *lato sensu* dominicale dell'io sul proprio corpo, ne emerge l'enunciazione di un limite rispetto al diritto di disporre dell'oggetto dell'appartenenza. In effetti, nella misura in cui il paradigma della proprietà – pervasivo dell'ordinamento, almeno come modello concettuale, salvo poi vedere di quali adattamenti esso necessiti – sia riferibile anche al corpo umano, ammesso dunque che ciascuno sia (in prima approssimazione, semplicisticamente) *dominus* del proprio corpo sicché di questo ha facoltà di disporre<sup>30</sup>, allora con tali

---

ma del consenso informato, da ultimo, A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana*, cit., in specie 32 ss. Proprio dell'aspetto specifico che emerge dalla sentenza, che è quello dell'obiezione sanitaria dei testimoni di Geova, si era occupato in passato P. RESCIGNO, *I trattamenti sanitari tra libertà e dovere (l'obiezione di coscienza dei testimoni di Geova)*, in *Persona e comunità*, II, Padova, 1988, 298 ss.

<sup>30</sup> Si tocca qui il delicatissimo problema – per dirla con l'espressione di P. GROSSI, *La proprietà*, cit., 91 – della «confusione deliberata tra il mio ed il me», ossia della proprietà come chiave di lettura del fenomeno di appartenenza a sé del proprio corpo; ed è un problema che evoca interrogativi giuridici, ma anche – a monte – culturali assai vasti. Si vedano i diversi contributi raccolti in *Per uno statuto del corpo*, cit., ove in specie si veda P. ZATTI, *Il corpo e la nebulosa*

dell'appartenenza: dalla sovranità alla proprietà, 69 ss.: «la difficoltà nasce dalla struttura originariamente proprietaria della categoria del diritto soggettivo, che non solo è di ostacolo a rappresentare giuridicamente una relazione tra soggetto e corpo identificati, ma genera un equivoco prolungato, nel linguaggio e nel pensiero giuridico, tra proprietà e appartenenza. La proprietà, che è una modalità dell'appartenenza, diviene il modello esaustivo dell'appartenenza; che invece, è enormemente più vasta e molteplice della proprietà». Fondamentale in argomento S. RODOTÀ, *Ipotesi sul corpo 'giuridificato'*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, 467 ss., poi anche in ID., *La vita e le regole*, Milano, 2006, 36 ss. Appassionante il saggio di 'fantagiurisprudenza' (come lo definisce A. TRISCIUOGGIO, *Il corpo umano vivente dopo la nascita: osservazioni storico-comparatistiche*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 2, Napoli, 2006, 390, il quale compie un'interessante analisi sulla considerazione del corpo da parte dei giuristi romani) di J.P. BAUD, *Il caso della mano rubata. Una storia giuridica del corpo*, edito nella traduzione italiana di L. Colombo a Milano, 2003 (originariamente J.P. BAUD, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Paris, 1993), nel quale le riflessioni storico-giuridiche prendono avvio dal furto di una mano, tagliata da una sega circolare in lavori di *bricolage* e sottratta da un malevolo vicino di casa: si tratta di una parte del corpo oppure di una *res* (e, in tal caso, *alicuius* o *nullius*?). Con richiamo a categorie giuridiche, però di impostazione eminentemente filosofica, è la riflessione sull'appartenenza del corpo svolta da M.M. MARZANO PARISOLI, *Il corpo tra diritto e diritti*, in *Materiali per una storia del-*

prietarie e regole di responsabilità concorrono nell'assicurare protezione alla *res* non tangibile. Da un lato si collocano le tutele che consentono al titolare del bene di impedire che altri ne faccia uso senza il suo consenso (essendo invece possibile la cessione del bene ovvero la concessione del diritto alla sua utilizzazione), dall'altro lato, quelle che impongono all'autore della violazione del diritto una somma di denaro a titolo di risarcimento. La distinzione, nella prospettiva dei cultori di *Law and Economics*, si affida a un criterio mobile e piuttosto empirico, giacché essa – pur elaborata certamente nel solco di quella tra azione reale e azione personale – ritiene decisiva la maggiore o minore onerosità dei costi di transazione, di modo che si arriva alla conclusione che la tutela meramente risarcitoria meglio si adatta quando i costi siano alti e rendono più difficile un negoziato per la cessione o l'utilizzazione del bene, mentre quella reale è preferibile in presenza di costi del conflitto piuttosto contenuti.

Si è in parte già visto come l'immaterialità della cosa imponga che l'idea stessa di appartenenza trovi nuove forme: ancora Spada rile-

---

*bia Law Review*, 1994, 2655 ss.; L. LESSIG, *The future of ideas. The fate of the commons in a connected world*, New York, 2002.

monialità e della personalità<sup>59</sup>; anche in tal caso, come nell'esempio sopra visto dell'atto di disposizione del corpo, sembra entrare in sofferenza la tradizionale distinzione gaiana tra le categorie generali di *res* e di *persona*.

Si tratta di difficoltà ben colte da Paolo Spada, il quale osserva che la proprietà intellettuale si presenta come diritto esclusivo, «ma non è *solo* 'diritto esclusivo'»: trovano spazio in quest'ambito, come si è detto, anche tecniche di protezione di natura personale<sup>60</sup>.

Adottando per un momento il linguaggio dell'analisi economica del diritto – in specie quello messo a punto nel celebre saggio di Calabresi e Melamed – si può dire che alle *property rules* si affiancano (e al contempo con esse si combinano) le *liability rules*<sup>61</sup>: regole pro-

<sup>59</sup> «Quell'idea è uscita da me, in essa dovete *riconoscere me stesso*»: così efficacemente P. ZATTI, *Il corpo e la nebulosa*, cit., 76.

<sup>60</sup> P. SPADA, *Conclusioni*, ne *L'enforcement' dei diritti di proprietà intellettuale*, cit., 190; similmente ID. anche ne *La proprietà intellettuale*, cit., 437 ss. Sulla stessa linea P. AUTERI, *Le tutele reali*, ne *La proprietà intellettuale*, cit., 11 ss.

<sup>61</sup> Si allude a *Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral*, in *Harvard Law Review*, 1972, 1089 ss. In scia, ampia la letteratura nordamericana in chiave di analisi economica: tra molti, R.P. MERGES, *Of property rules, Coase, and Intellectual Property*, in *Colum-*

presupposti mi sembra non si possa negare che nella sentenza sia affermato un limite di carattere cronologico alla facoltà di disporre di ciò che è 'proprio'. Certo, è tutta da discutere la riconducibilità del rapporto soggetto/corpo nei termini stretti di un diritto di proprietà del primo sul secondo (ossia l'idea che il corpo costituisca addirittura «un bene demaniale privato»<sup>31</sup>, se tanto intensa si volesse sentire la 'dominicalità' del diritto che su di esso vanta il soggetto), ma mi pare che esattamente qui sia il punto: il problema deriva dalla considerazione delle specificità dell'oggetto, che – per così dire – 'retroagisce' sulla qualificazione giuridica da dare al rapporto tra l'oggetto e il suo 'titolare'. In altri termini, la forma dell'appartenenza non è 'aproblematicamente' quella dell'art. 832 cod. civ. proprio perché – per usare le parole di Rodotà – «il corpo si presenta come un *oggetto giuridico nuo-*

*la cultura giuridica*, 1999, 527 ss.; cfr. inoltre, nell'insieme, U. GALIMBERTI, *Il corpo*, Milano, 2002.

<sup>31</sup> Così F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*<sup>3</sup>, Roma, 1951, 138: per l'Autore, l'uomo è al contempo soggetto e insieme oggetto di diritti, essendo la persona, scissa dal corpo, titolare di un diritto di natura assolutamente assimilabile alla proprietà avente per oggetto il corpo stesso.

vo»<sup>32</sup>. Il che equivale a dire che è l'oggetto a mettere in discussione la categoria del diritto dominicale.

Ritengo non si possa invece, quasi per ipotesi data, affermare che si è a cospetto di una situazione giuridica di natura radicalmente diversa da quella dominicale (e, benvero, non si saprebbe dire di qual tipo): quindi è pur sempre dal modello proprietario che occorre partire, per vedere però, subito dopo, di quali adattamenti – o, in ipotesi estrema, stravolgimenti – esso abbisogni<sup>33</sup>. Certo, nella prospet-

<sup>32</sup> S. RODOTÀ, *Ipotesi sul corpo*, cit., 489.

<sup>33</sup> La 'direzionalità' del ragionamento che propongo (ossia: è dalla contemplazione dell'oggetto-corpo che nasce l'esigenza di rivedere i profili giuridici dell'appartenenza) mi sembra sottesa alle parole di S. RODOTÀ, *Ipotesi sul corpo*, cit., 489: «l'impossibilità evidente di ricorrere alle categorie giuridiche tradizionali, fondate sull'esistenza di processi naturali non modificabili, impone la revisione di tali categorie, ma non esclude la necessità di individuare i principi di riferimento sia della legislazione, sia della ricostruzione scientifica, che siano pure in grado di restituire al corpo l'unità perduta per effetto della scomposizione in parti e funzioni alla quale irresistibilmente conducono le innovazioni scientifiche e tecnologiche» (con attenzione, dunque, principalmente rivolta al tema della disposizione delle parti del corpo). Sembra invece contestare *in toto* la categoria proprietaria con riguardo al corpo (ma sulla base di argomenti che definirei

per la protezione della cosa immateriale prevede infatti il tronco fondamentale dell'azione con cui si accerti l'appartenenza, con il corollario della pretesa di ottenere la reintegrazione in forma specifica affinché sia ripristinata la pienezza del godimento del bene, oltre all'azione generale di responsabilità (aquiliana) che impone il risarcimento del danno a carico di chi abbia danneggiato l'oggetto del diritto o abbia impedito al titolare di goderne in modo pieno<sup>58</sup>.

Anziché sulla *res* l'attenzione deve però essere appuntata sul *ius*, nel senso che il carattere dominicale deriva essenzialmente dall'esclusività del diritto di appartenenza. In questo contesto, però, l'esclusività dell'appartenenza riguarda un'espressione dell'intelligenza o della creatività di una persona, cosicché il modello del diritto assoluto sembra partecipare tanto della natura patrimoniale quanto di quella personale: un bene è 'mio' non solo nel senso che è di mia proprietà e che ne posso disporre, ma anche nel senso che è espressione della mia persona, con un certo rimescolamento della distinzione tra le categorie della patri-

<sup>58</sup> In argomento, G. FLORIDIA, in P. AUTERI, G. FLORIDIA, V. MANGINI, G. OLIVIERI, M. RICOLFI, P. SPADA, *Diritto industriale*, cit., 651 s.

c.d. rivendicazione del brevetto per invenzione – cui poi si affiancano altri rimedi puramente risarcitori.

Dunque se per un verso rimane saldo il modello dominicale di fondo, giustificante la protezione in funzione ripristinatoria, per altro verso la peculiarità dell'oggetto (immateriale) tende a erodere le linee tradizionali di quel modello.

Lo sforzo che si avverte è quello di ricondurre il bene immateriale entro il paradigma del *ius in rem*, con i consueti caratteri di pienezza ed esclusività. E lo sforzo può dirsi giunto al risultato, almeno nella misura in cui ci si contenti di ravvisare un'analogia di carattere generale tra le strutture della proprietà intellettuale e quelle della proprietà materiale tradizionalmente intesa. In specie, il nocciolo di tale analogia è da vedersi nel fatto che sia comunque riconosciuto un *ius utendi* e al contempo un *ius excludendi omnes alios*, su cui si innestano poi anche le tutele risarcitorie<sup>57</sup>. Come si vede, ci troviamo ancora una volta a far leva sui caratteri della pienezza e dell'esclusività del diritto. La mappa delle tutele spettanti

<sup>57</sup> Si vedano sul punto le riflessioni di P. AUTERI, *L'enforcement' dei diritti di proprietà intellettuale. Profili sostanziali e processuali*, a cura di L. Nivarra, Milano, 2005, 5 ss.

tiva della tripartizione gaiana '*personae – res – actiones*' sulla quale, senza troppo esagerare, può dirsi ancora costruita la nostra civiltà giuridica, ci si colloca pur sempre all'interno del campo delle *res*, ancorché non manchi di porre qualche problema di sovrapposizione il fatto che si tratti di un *ius in rem* vantato su quella particolare *res* che coincide con la stessa *persona*. Ma non vedo un'alternativa plausibile all'idea che l'asse del ragionamento sia quello dell'appartenenza della *res*-corpo alla *persona*, modello dal quale muovevano nel loro ragionamento anche Savigny<sup>34</sup> e Jhering<sup>35</sup>.

---

pregiuridici, ossia facendo leva sul valore della persona) M.M. MARZANO PARISOLI, *Il corpo tra diritto e diritti*, cit., 541, quando osserva che «il corpo è la condizione stessa dell'uomo, il luogo della sua identità, ciò che gli permette di instaurare un rapporto col mondo», salvo poi ammettere che «la nozione di *dominium* può allora rappresentare una pietra d'angolo per la costruzione di uno statuto del corpo umano capace di garantire la sua integrità, il suo valore e il suo essere parte significativa dell'essere umano» (così *ibidem*, 551).

<sup>34</sup> F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin, 1840, 335 s.

<sup>35</sup> R. VON JHERING, *Sul fondamento della protezione del possesso*, nella trad. it. di F. Forlani, Milano, 1872, 115 s.

Se è vero che dalle fonti romane non emerge una qualificazione dogmatica di ciò che è *homo (liber, giacché lo schiavo era sicuramente res)*<sup>36</sup>, altrettanto chiaro è però che il pensiero giuridico ha sempre preso le mosse da una constatazione di alterità tra la persona e il proprio corpo concettualmente non ricostruibile se non – ripeto – in termini di appartenenza del secondo alla prima<sup>37</sup>.

Non mi sembra che si riveli decisivo, per il caso oggetto della sentenza della Cassazione, il criterio indicato dall'art. 5 cod. civ., nel quale si fissa il limite di liceità degli atti di disposizione del proprio corpo in corrispondenza con quelli che cagionano una diminuzione permanente dell'integrità fisica: la norma, priva di precedenti nel codice del 1865 e unica nel nostro codice a intervenire in una materia tradizionalmente non 'giuridificata'<sup>38</sup>, senza

<sup>36</sup> A. TRISCIUOGGIO, *Il corpo umano vivente dopo la nascita*, cit., 405 s.

<sup>37</sup> Si veda J.P. BAUD, *Il caso della mano rubata*, cit., in specie 225 s., rifacendosi in buona parte ad A. DAVID, *Structure de la personne humaine (limite actuelle entre la personne et la chose)*, Paris, 1955.

<sup>38</sup> Osserva S. RODOTÀ, *Ipotesi sul corpo*, cit., 467: «fino a non molto tempo fa, le norme sugli usi del corpo erano poche, sintetiche e riferite solo ad una ridottissima parte dei problemi oggi discussi. Questo non era il frutto d'una disattenzione o di un disinteresse. Era

gli utili da restituire eccedano la somma dovuta a titolo di risarcimento<sup>56</sup>.

La stratificazione di una fitta serie di tutele, per lo più rapportabili al modello risarcitorio, non impedisce di vedere quale sia l'impianto di base che regge la disciplina. Si tratta di un impianto che resta nel suo insieme segnato dalle linee della proprietà (intellettuale), con un coerente corredo di tutele correttive/reali – si pensi, paradigmaticamente, alla

---

<sup>56</sup> A tenore del quale «il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile, tenuto conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno, del titolare del diritto leso, i benefici realizzati dall'autore della violazione e, nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici, come il danno morale arrecato al titolare del diritto dalla violazione. La sentenza che provvede sul risarcimento dei danni può farne la liquidazione in una somma globale stabilita in base agli atti della causa e alle presunzioni che ne derivano. In questo caso il lucro cessante è comunque determinato in un importo non inferiore a quello dei canoni che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare, qualora avesse ottenuto una licenza dal titolare del diritto leso. In ogni caso il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento».

della proprietà industriale, con il nuovo articolo 125, nel quale sono delineate le due strade – alternative – del risarcimento del danno e della reversione degli utili, la prima concettualmente riconducibile all'esigenza di reintegrazione del patrimonio del soggetto leso, la seconda inquadrabile nella prospettiva dell'arricchimento senza causa, eppure cumulativamente percorribili almeno nella misura in cui

---

danno in via forfettaria sulla base quanto meno dell'importo dei diritti che avrebbero dovuto essere riconosciuti, qualora l'autore della violazione avesse chiesto al titolare l'autorizzazione per l'utilizzazione del diritto»; inoltre stabilisce che «sono altresì dovuti i danni non patrimoniali ai sensi dell'articolo 2059 del codice civile». Nel nuovo art. 162-ter si prevede poi che «quando la parte lesa faccia valere l'esistenza di circostanze atte a pregiudicare il pagamento del risarcimento del danno, l'autorità giudiziaria può disporre ai sensi dell'articolo 671 del codice di procedura civile il sequestro conservativo di beni mobili e immobili del presunto autore della violazione fino alla concorrenza del presumibile ammontare del danno, compreso il blocco dei suoi conti bancari e di altri beni. A tale fine, nei casi di violazioni commesse su scala commerciale, l'Autorità giudiziaria può disporre la comunicazione delle documentazioni bancarie, finanziarie o commerciali, o l'appropriato accesso alle pertinenti informazioni».

dubbio interviene a sanzionare la cessione di parti separate del corpo considerate come se fossero beni patrimonialmente disponibili, con assimilazione dunque alla nozione di bene ai sensi dell'art. 810 cod. civ.<sup>39</sup>.

Nella vicenda in esame, però, il soggetto che rifiuta l'intervento sul proprio corpo esercita il diritto di disposizione su di esso nel senso per cui, impedendo la trasfusione ematica, assume su di sé il rischio che da ciò possa derivare la sua stessa distruzione. Quindi occorrerebbe pensare che rientri nella nozione

---

la conseguenza del fatto che l'uso del corpo, nella grandissima parte dei casi, dipendeva unicamente da leggi naturali, consentiva solo limitati interventi attivi che ne modificassero la struttura e, quindi, non aveva bisogno di specifiche regolazioni giuridiche. La norma morale o sociale sull'uso del corpo trovava proprio nell'inalterabilità dei processi naturali la sua più forte garanzia».

<sup>39</sup> Sull'art. 5 cod. civ. si veda M.C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo*, Milano, 2002. Sulla problematica che si colloca sullo sfondo dell'art. 5 cod. civ., M. TALLACCHINI, *Il corpo e le sue parti. L'allocazione giuridica dei materiali biologici umani*, in *Medicina e morale*, 1998, 499 ss.; inoltre G. CALABRESI, *Una introduzione al pensiero giuridico: quattro approcci al diritto e al problema del regime giuridico delle parti del corpo umano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, 755, nonché A. DE CUPIS, voce *Corpo (Atti di disposizione del proprio)*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, 854 s.

di atto di disposizione cagionante una diminuzione permanente dell'integrità fisica un atto da cui dipenda anche quella – per così dire – ‘massima diminuzione’ che è rappresentata dalla morte. Però, in effetti, non sembra possibile dire che nella scelta del paziente si veda la volontà di violare la propria integrità fisica, cui sembra legata l'autentica *ratio* del divieto di cui all'art. 5 cod. civ.<sup>40</sup>; a ben vedere, onde sostenere l'applicabilità dell'art. 5, si dovrebbe – un po' artificiosamente – affermare che la scelta di rifiuto delle terapie sia assimilabile «alla diminuzione permanente dell'integrità fisica che certo si verifica nell'intervallo tra l'abbandono dei mezzi necessari a tenere in vita la persona e la morte, e che la norma pone quale limite invalicabile all'autonomia privata»<sup>41</sup>. Ma, a dire il vero, mi sembra questa una lettura piuttosto forzata.

<sup>40</sup> A prescindere poi dal problema se il diritto possa o meno assecondare la volontà di violare la propria integrità fisica, quando ciò sia funzionale alla «libera costruzione della personalità»: così S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, Milano, 2006, 88, in specie con riferimento alla l. 164 del 1982, sulla rettificazione dell'attribuzione di sesso.

<sup>41</sup> Così, soltanto per ipotesi, C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 108.

sua volta un complesso normativo, volto a rendere più serrato e omogeneo il sistema europeo, nel quale sono trasposte a livello comunitario le norme processuali contenute nei TRIPs. Pertanto, il testo del 2005, che da questo punto di vista deve intendersi come di integrazione e di completamento rispetto al d.lgs del 1996, incide sotto forma di novellazione sulla l. 22 aprile 1941, n. 633, ossia la legge sul diritto d'autore, nonché sul c.d. codice della proprietà industriale di cui al d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30.

Ebbene, dalla disciplina che complessivamente deriva dagli accordi TRIPs, nonché dalla direttiva del 2004, emerge la tendenza a un'espansione delle tutele risarcitorie (e della loro efficacia) spettanti al titolare di IP: sono degne di rilievo in specie talune novità che hanno ridisegnato la legge sul diritto d'autore, introducendo particolari meccanismi di deterrenza onde ottenere il risarcimento del danno<sup>55</sup>; ma risulta inciso anche il recente codice

<sup>55</sup> Il nuovo testo dell'art. 158 prevede che «il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile. Il lucro cessante è valutato dal giudice ai sensi dell'articolo 2056, secondo comma, del codice civile, anche tenuto conto degli utili realizzati in violazione del diritto. Il giudice può altresì liquidare il

WTO), che allora nasceva inglobando l'Organizzazione Mondiale della proprietà intellettuale (OMPI o WIPO), attiva dal 1967. L'articolato normativo dei TRIPs (suddiviso in un preambolo, 7 parti e 73 articoli) risulta dall'accorpamento in un unico testo della disciplina della proprietà intellettuale, tradizionalmente dettata dalla Convenzione di Parigi del 1883, nonché del diritto d'autore, oggetto della Convenzione di Berna del 1886. I TRIPs hanno trovato attuazione in Italia con il d.lgs. 19 marzo 1996, n. 198.

Occorre tenere conto del fatto che il regime della proprietà intellettuale è completato nel nostro ordinamento – in un panorama legislativo che risulta piuttosto stratificato<sup>54</sup> – dalla legge 18 aprile 2005, n. 62, nella quale sono contenute le disposizioni di recepimento della direttiva 2004/48/CE, in specie in tema di c.d. *enforcement* della proprietà intellettuale e industriale: quest'ultima direttiva costituisce a

<sup>54</sup> Per una prima lettura dei Trips, S. SANDRI, *La nuova disciplina della proprietà industriale dopo i GATT-TRIPs*, Padova, 1999; per orientarsi tra le molte direttive in argomento L. CHIMIENTI, *La nuova proprietà intellettuale nella società dell'informazione. La disciplina europea e italiana*, Milano, 2005; di recente, inoltre, E. BONADIO, *Sistema brevettale 'Trips' e risorse genetiche. Esigenze commerciali e interessi pubblici*, Napoli, 2008.

Invece, volendo proporre una qualificazione giuridica della fattispecie che, per quanto possa apparire un tanto 'asettica', è però l'unica che ci consegna un quadro di partenza sufficientemente perspicuo, si deve ravvisare una manifestazione di volontà negoziale<sup>42</sup>, sottoposta alla condizione sospensiva (*dies incertus an, incertus quando*, scolasticamente) rappresentata dall'eventualità che si ponga la necessità di effettuare una trasfusione ematica; dunque si tratta di un negozio non vietato dall'art. 5 cod. civ., salvo che esso evidenzia la non irrilevante specificità data dal fatto che

<sup>42</sup> Nella prospettiva di un discorso sulle sorti del negozio giuridico, ma proprio con riferimento al fenomeno di «inserimento della persona nel circuito del diritto privato patrimoniale», rileva che un simile atto di volontà presenterebbe la natura di un negozio C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico*, cit., 100: «insospettabilmente ma sempre più esso [il negozio] conquista territori in quell'area delle situazioni soggettive personali tradizionalmente pensate come aliene all'ambito assegnato all'autonomia privata». Il pensiero dell'Autore coglie i segni – a cominciare proprio dal risarcimento del danno non patrimoniale, della vita, del corpo, della libertà – del generale fenomeno del «cavalarsi del non patrimoniale entro la stregua patrimoniale» (*ibidem*, 101).

l'oggetto del *ius utendi atque abutendi* è rappresentato dal proprio corpo<sup>43</sup>.

È quindi in considerazione della peculiarità del bene oggetto del diritto che i giudici decidono di marcare il limite di cui si è detto (ossia di effettuare uno scrutinio dell'attualità, oltre che dell'inequivocità del dissenso dalle cure), a fronte dell'esercizio di una facoltà di per sé rientrante tra quelle del proprietario. Si tratta – non v'è dubbio – di un limite di pura creazione pretoria, che concorre a conformare il contenuto della proprietà in ragione del suo oggetto.

#### 6. Secondo caso: il 'locus rei' che definisce il 'ius'.

La seconda pronuncia sulla quale porto l'attenzione mette essa pure in luce un limite al contenuto della proprietà, andando ben al di là di quanto possa direttamente evincersi dall'art. 832 cod. civ., proprio sulla base di una considerazione che muove dall'oggetto del diritto.

Il riferimento è a una decisione del Cons. Giust. Ammin. Sicilia, sez. giurisd., 15 maggio

<sup>43</sup> C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico*, cit., 103.

possa dire che la qualificazione di una cosa in termini di *res* impone un'operazione tutta 'interna' al diritto, molto più di quanto un tempo la medesima operazione non apparisse come una semplice importazione di un dato offerto dalla realtà.

Oggi, nello spazio del diritto privato europeo, il regime di protezione della proprietà intellettuale è, almeno nel suo nucleo centrale, quello posto dai c.d. TRIPs (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*). Si tratta, com'è noto, dell'accordo internazionale, coinvolgente un numero di paesi ben più largo di quelli parte dell'Unione Europea, sottoscritto a Marrakesh il 15 aprile 1994, dopo più di 7 anni di intensi negoziati, proprio sul tema della proprietà intellettuale. L'accordo TRIPs si affianca ad altri trattati patrocinati dall'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC o

---

sono – come ogni proprietà – figure del sapere giuridico affiorate nella storia e conformate dalla storia; sicché senza senso è interrogarsi sulla 'validità' dell'una o dell'altra figura [...], se per validità di un concetto si intende qualcosa di diverso – e magari di idealisticamente più nobile – di utilità conoscitiva ed applicativa di materiali precettivi». Considerazioni simili si trovano anche in ID., *Parte generale* di P. AUTERI, G. FLORIDIA, V. MANGINI, G. OLIVIERI, M. RICOLFI, P. SPADA, *Diritto industriale proprietà intellettuale e concorrenza*<sup>3</sup>, Torino, 2009.

terialità dell'oggetto ha condotto a una significativa ridefinizione complessiva dello statuto giuridico della *res*. L'attenta riflessione della dottrina non ha potuto mancare di osservare la strettoia concettuale nella quale ci si trova allorché, smarrito un punto di riferimento 'naturalistico' per poter giudicare dell'esistenza di un bene (nella società arcaica *res* è quella che si tocca), si è costretti a riconoscere che la «definizione di bene nella sua accezione forse più moderna è anche la più legata ad una idea di bene come fenomeno di godimento esclusivo»<sup>52</sup>. Dal che si deduce che l'identificazione del concetto di bene appare oggi affidata a indici conformati in modo assai variabile: così si è osservato che, se il criterio di identificazione di ciò che è *res* – sia questa corporale o incorporale – è da vedersi nell'idoneità a un godimento esclusivo, allora occorre convenire sul fatto che la qualificazione dell'oggetto è possibile soltanto 'in funzione del diritto', ma anche in esito a un'indagine che va condotta con forte senso della storia<sup>53</sup>. Credo comunque si

<sup>52</sup> Così D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970, 40.

<sup>53</sup> Richiamandosi in specie agli studi di Franceschelli, Are, Massinetti e Scozzafava, osserva con un certo scetticismo P. SPADA, *La proprietà intellettuale*, cit., 438, che «la proprietà intellettuale ed il bene immateriale

2006, n. 220<sup>44</sup>, nella quale si preclude la disponibilità di taluni beni da parte del proprietario, in considerazione del 'contesto ambientale' nel quale essi si collocano. Si veda meglio: nella specie veniva in discussione la facoltà di disporre di una specchiera e di un dipinto posti all'interno di un immobile vincolato sito nel centro di Palermo. Valga anzitutto precisare che quei beni mobili non erano espressamente sottoposti ad alcun vincolo di legge.

Interessante è l'argomentazione seguita dai giudici onde pervenire alla conclusione nel senso della loro inamovibilità. Si afferma che il vincolo ravvisabile su quegli oggetti d'arte va desunto a prescindere dalle consuete categorie civilistiche. Non sarebbe adottabile il criterio della rimuovibilità o meno, ovvero della complementarietà dei beni rispetto all'immobile oggetto del vincolo pubblicistico: in particolare, i giudici non percorrono l'argomentazione – alla quale saremmo di primo acchito portati a pensare – secondo cui specchiera e dipinto avrebbero costituito una pertinenza dell'immobile ai sensi dell'art. 817 cod. civ.<sup>45</sup>. Si ritiene evidentemente che l'uno

<sup>44</sup> La si può vedere in *Foro amm.*, 2006, 1953 ss.

<sup>45</sup> Il quale prevede – lo ricordiamo – che «sono pertinenze le cose destinate in modo durevole a servizio o

e l'altra in effetti potessero essere asportati senza che per questo si realizzasse alcuna violazione di un vincolo di pertinenza: il che era proprio ciò che intendeva fare il proprietario. Invece, la ragione dell'inalienabilità giuridica di quei beni è da ricavarsi – a detta del Consiglio di Giustizia – da un principio di «integrità materiale e funzionale di certi luoghi significativi per la memoria collettiva».

In questo caso è dunque messo a fuoco un limite collegato – per così dire – al *genius loci*, ossia al complessivo contesto ambientale entro il quale i beni si trovano collocati.

Si tratta dell'acquisizione al patrimonio concettuale della proprietà di un'idea nuova, semmai riconducibile più direttamente all'elaborazione, sulla scorta del recente Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. 24 gennaio 2004, n. 42), della nozione di bene di valore culturale artistico c.d. estrinseco: ed è questa una nozione ampia, in grado di annoverare beni che non presentano un interesse artistico, storico, archeologico o etno-antropologico proprio, per la 'cosa' in sé considerata, però identificabili in forza della loro collegabilità alla storia della cultura in generale, co-

---

ad ornamento di un'altra cosa. La destinazione può essere effettuata dal proprietario della cosa principale o da chi ha un diritto reale sulla medesima».

appartenenza, ma con riguardo alle produzioni dell'ingegno; e anzi, ancor prima, i presupposti per quella 'trasmigrazione' ed evoluzione di concetti sono ravvisabili già nella conoscenza e nella diffusione del pensiero di Locke<sup>51</sup>.

Negli ultimi decenni, comunque, la riflessione sulla polarizzazione delle situazioni di appartenenza intorno alla materialità/imma-

---

<sup>51</sup> In argomento si rinvia ai molti studi di L. MOSCATI, tra i quali si segnala *Napoleone e la proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 179 ss.; EAD., *Il 'code civil' e il destino della proprietà intellettuale in Europa*, *ibidem*, 2008, I, 429 ss., ove ulteriori riferimenti di dottrina. L'Autrice evidenzia come «da giurisprudenza inglese dopo la metà del XVII secolo e Locke possono essere considerati [...] forse i primi ad aver utilizzato il termine proprietà in relazione alle opere letterarie. All'autore viene attribuita *the most absolute property* della sua opera e questa viene assimilata a quella che *any Man hath to the Estate*, con un chiaro riferimento alla proprietà dei beni materiali». L'idea che l'autore vanti sull'opera un diritto di proprietà, il quale è però caratterizzato da un limite temporale, divenne centrale nel celebre 'Statuto di Anna' del 1710: tale impostazione ebbe poi ampia circolazione in Europa e oltre. Sui tratti caratterizzanti del sistema della proprietà intellettuale allora elaborato, si veda EAD., *Lo Statuto di Anna e le origini del 'Copyright'*, in *Fides' Humanitas' Ius'. Studii in onore di Luigi Labruna*, VI, Napoli, 2007, 3671 ss.

non già con riferimento alla materialità del fondo (e in specie delle sue parti).

Ma si torni all'oggi. L'ambito più vasto entro il quale è maturato il processo di smaterializzazione dei beni oggetto del diritto è quello della proprietà intellettuale (c.d. IP), ossia dell'appartenenza di ciò che è immateriale.

Non v'è dubbio che le *new properties*, secondo l'espressione adottata da Charles Reich nel suo celebre saggio pubblicato sul *Yale Law Journal*<sup>49</sup>, tendano ad apparire come il modello di appartenenza più tipico del nostro tempo. Efficacemente ha osservato lo scienziato Negronte che la realtà dei *bit* ha ormai rimpiazzato quella degli atomi<sup>50</sup>. E si tratta di un processo che ha subito in questi ultimi cinquant'anni una progressiva accelerazione, sebbene le basi per un'applicazione del paradigma proprietario al campo dell'immaterialità possano vedersi nel XVIII secolo in Francia, con la prima legislazione a tutela del diritto d'autore, alla quale si rifanno – tra gli altri – il codice Albertino del 1837 (art. 440) e il primo codice unitario del 1865 (art. 437), ove sono richiamati i concetti di proprietà e di

<sup>49</sup> C.A. REICH, *The New Property*, in *Yale Law Journal*, 1964, 733 ss.

<sup>50</sup> Citato da P. SPADA, *La proprietà intellettuale tra 'reale' e 'virtuale': un guado difficile*, in *Dir. dell'internet*, 2007, 438.

si in specie per il fatto che quei beni rendono «documentazione, reale o simbolica, che si ritiene necessario tramandare nel tempo. Tale collegamento *si compenetra nelle cose che ne costituiscono il supporto materiale che, quindi, non può essere protetto separatamente dal bene*»<sup>46</sup> (corsivo mio).

Si è portata l'attenzione su questa sentenza per sottolineare, in definitiva, quanta adattabilità mostri il paradigma dominicale dell'art. 832 cod. civ., con il suo riferimento ai limiti e agli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico, al punto tale da essere in grado di assorbire il dovere di non rimuovere dal luogo in cui si trova il bene di proprietà che risulti espressivo – a prescindere dal valore artistico, in sé considerato – di un valore culturale che gli deriva proprio dal luogo stesso.

### 7. La generale linea di tendenza verso la smaterializzazione del bene oggetto del diritto dominicale.

Nella panoramica che sto cercando di tratteggiare sui profili salienti del diritto dominicale lungo il cammino che conduce verso il

<sup>46</sup> Per utilizzare la parole di Tar Lazio 8 gennaio 2009, n. 60, in *Red. amm. Tar*, 2009, 1.

nuovo diritto europeo (così sempre cercando di rispondere alla domanda «dove stiamo andando?»), una linea di tendenza che mi sembra necessario mettere in luce è quella rappresentata dalla progressiva smaterializzazione del bene oggetto del diritto stesso.

In questa sede non interessa tanto il fenomeno visto in sé e con tutte le sue implicazioni (anche economico-sociali), quanto piuttosto il profilo della sua incidenza rispetto alla ridefinizione dei profili e dei contenuti del modello dominicale.

Quella verso la smaterializzazione è una tendenza che ha già percorso un ampio tratto di strada, almeno da quando la dottrina tedesca di fine Ottocento ha consentito di mettere a fuoco la moderna idea di ‘bene immateriale’<sup>47</sup>.

Di recente si è osservato con efficacia che ben lontana appare l’immagine di un Mastrodon Gesualdo che passa in rassegna i propri poteri ‘zolla per zolla’: «le cose che l’occhio vedeva, la mano poteva toccare, e ‘le cose che si possono toccare’ esaurivano il genere della ‘roba’ di Gesualdo. Ma la ‘roba’ di un ricco

<sup>47</sup> Si veda in specie J. KOHLER, *Deutsches Patentrecht*, Mannheim, 1878 (rist. Aalen, 1984); ID., *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Stuttgart, 1907 (rist. Aalen, 1980).

dei nostri giorni si identificherebbe solo parzialmente in cose tangibili e, anzi, quelle di maggior valore economico sarebbero probabilmente incorporali»<sup>48</sup>.

Il fenomeno di smaterializzazione che caratterizza i nostri tempi evoca per taluni aspetti – dopo un paio di millenni – quello che condusse all’elaborazione dei più antichi diritti reali limitati, le servitù prediali, quando queste, ancora nel diritto romano preclassico, smisero di essere concepite in un rapporto di immedesimazione con la porzione del fondo su cui esse erano esercitate dal titolare, per assumere invece la forma, in seguito a un procedimento di astrazione, del diritto su cosa altrui. E prova di questo passaggio è da vedersi nella *lex Scribonia*, collocabile nell’ultima età repubblicana, con cui fu sancita l’inusucapibilità delle servitù, proprio perché esse non erano più da intendersi come *res*. Dunque in forza di questa smaterializzazione fu possibile concepire il diritto *in rem* come limitato, ma la cui limitatezza sarebbe stata da valutarsi in senso strettamente giuridico, guardando cioè alle facoltà che esso attribuisce a chi ne sia titolare, sempre da contemperare con l’altrui diritto dominicale,

<sup>48</sup> Così U. VINCENTI, *Diritto senza identità*, cit., IX.

la fattispecie non sarebbe in alcun modo riconducibile alla previsione del comma 2 dell'art. 1141 cod. civ. In effetti, nel caso oggetto della pronuncia della Cassazione il promissario acquirente era stato immesso nel godimento di un bene di cui prima non disponeva. Quindi resta escluso che possa riscontrarsi un'ipotesi di *traditio brevi manu*, ossia di modificazione del titolo in base al quale si tiene la cosa (da detenzione a possesso): perché possa ritenersi realizzata *traditio brevi manu*, dovrebbe essere provata l'interversione, per causa proveniente dal terzo o per opposizione<sup>99</sup>. Ma nella specie c'è stata immissione del soggetto nel godimento, non modificazione del titolo di un godimento già in essere. Ciò si osserva fermo restando che, nell'impostazione tradizionale, «essendo il possesso uno stato di fatto, l'acquisto è in ogni caso originario e trova luogo mediante atto unilaterale anche se avvenga con consenso del precedente possessore (tradizione) o se la cosa fosse già in precedenza detenuta dall'acquirente»<sup>100</sup>. All'evi-

<sup>99</sup> Sui profili dell'interversione, di recente, Cass. 28 novembre 2008, n. 28420, in *Notariato*, 2009, 136 ss., nonché Cass. 4 aprile 2006, n. 7817, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 4, 942.

<sup>100</sup> A. MONTEL, voce *Possesso*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 367.

tutela del *know-how*. In questo caso, la smaterializzazione del bene oggetto del *ius in rem* appare spinta al massimo grado, sicché le strutture concettuali del modello dominicale risultano messe alla prova sino quasi a raggiungere il punto di crisi.

Si muova per esempio dalla pronuncia della Cassazione del 27 febbraio 1985, n. 1699, nella quale si afferma che i diritti di *know-how* sono inerenti al «complesso di conoscenze ed esperienze tecnologiche e di mercato conseguite da altri in materia, destinate a rimanere segrete, ed acquisite dalla società a titolo oneroso»<sup>66</sup>. In generale, si usa dire che il *know-how* si caratterizza per i tratti di novità, utilità e segretezza, che ne fanno un bene di mercato. Appare chiaro, comunque, che con il *know-how* è tutelata una pura immaterialità. Si tratta di un'immaterialità che però presenta una rilevante consistenza economica, come prova il fatto che – così accadeva anche nel caso oggetto della sentenza appena citata – il *know-how* può essere iscritto a bilancio<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> La si veda in *Foro it.*, 1985, I, 2661 ss.

<sup>67</sup> L. ANGIELLO, *Il 'know how': un oscuro oggetto di bilancio*, in *Giur. comm.*, 1986, II, 821 ss.; si veda inoltre P. PITTER, *'Know how' e contratto di 'know how'*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 35 ss., con ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza antecedenti; FED. GALGANO, *I contratti*

L'immaterialità del *know-how* è palese perché si tratta di una conoscenza che non assume una veste giuridicamente formalizzata. In effetti, giacché quella conoscenza tecnologica o di mercato non è protetta da brevetto (in assenza del quale si parla propriamente di *know-how* 'in senso stretto'), non si riscontra un oggetto dell'avere già 'giuridificato': colui che chieda tutela del proprio *know-how* oppure colui che intenda di questo disporre non 'ha' un bene individuato (non c'è un brevetto, né un marchio registrato). Vi è soltanto la conoscenza di una serie di tecniche e di regole del fare.

Oltre a quanto detto, un ulteriore aspetto che rende difficoltosa la configurabilità del *know-how* alla stregua di un altro bene (materiale) è rappresentato dal fatto che esso dovrebbe presentare quale suo *ubi consistam* il carattere di esclusività della conoscenza stessa (secondo l'idea di una riserva d'attività, cui si è fatto cenno poc'anzi). Però, nel momento in cui si ammette la cedibilità del *know-how*, si presuppone che il trasferimento della cono-

---

di 'know how', ne *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, diretto da F. Galgano, Torino, 1995, 1121 ss.; di recente, M. MONTANARINI, *Contratti di cessione e di uso di 'know how' e concorrenza sleale*, in *Contratto e impresa*, 2007, 1124 ss.

che la presenza dell'elemento psicologico rimane praticamente indimostrabile se non facendo leva sul fatto che il soggetto abbia iniziato a godere del bene in base a un certo contratto, dal quale sarebbe possibile desumere in via presuntiva l'esistenza di un corrispondente tipo di atteggiamento psicologico).

Si osservi che i giudici della Cassazione, nell'affermare che in caso di preliminare di vendita a effetti anticipati l'immissione nel godimento del bene non corrisponde all'immissione nel possesso bensì nella detenzione, superano – sul punto per vero non diffondendosi nell'illustrare per quale via – la regola fissata nell'art. 1141, comma 1, cod. civ., secondo cui «si presume il possesso in colui che esercita il potere di fatto, quando non si prova che ha cominciato a esercitarlo semplicemente come detenzione»<sup>98</sup>. Se ne ricava che nel caso in esame la detenzione dovrebbe essere provata sostenendo che l'immissione nel godimento è cominciata in forza del contratto preliminare.

Inoltre, bisogna rilevare che i profili del preliminare a effetti anticipati sono tali per cui

---

l'attività *per sé*, in nome proprio, laddove il detentore la esplica in nome altrui, cioè *in nome del possessore*, il quale possiede a mezzo suo» (corsivi dell'Autore).

<sup>98</sup> Cfr. Cass. 28 febbraio 2006, n. 4404.

quirente è immesso nel godimento)<sup>96</sup>, con superamento dell'impostazione piuttosto tralattiva, ma non troppo meditata, in base alla quale possesso e detenzione sarebbero entrambe situazioni di fatto distinguibili soltanto in ragione dell'*animus*<sup>97</sup> (salvo poi dover ammettere

---

<sup>96</sup> In tal senso, S. PATTI, *Possesso*, cit., 267 s., secondo cui «potere di fatto in quanto corrispondente a quello di un diritto reale è quello del possessore il quale può esercitare questo potere anche attraverso un soggetto diverso, il detentore, il quale tuttavia [...] non esercita un potere di fatto, poiché il potere è basato su un titolo. Si tratta di una situazione giuridica derivata da un contratto (locazione, comodato, appalto ecc.), oppure collegata all'adempimento di un obbligo. In ogni caso si tratta di una fattispecie disciplinata dalla legge, di una situazione (non di fatto), di diritto». Siffatta costruzione andrebbe poi integrata con la precisazione che la prova della detenzione dovrebbe darsi con quella di un titolo: valido ed efficace, secondo Cass. 17 giugno 1996, n. 5555, in *Rep. Foro it.*, 1996, *Possesso*, 81, oppure senza necessità dei requisiti di validità ed efficacia, stando a Cass. 9 ottobre 1991, n. 10606, in *Rep. Foro it.*, 1991, *Possesso*, 60. Ma, coerentemente, se la situazione è da ritenersi di diritto, credo sia necessario attendersi che il titolo sia valido ed efficace (mentre il titolo potrebbe essere invalido nel caso del possesso).

<sup>97</sup> Cfr. A. MONTEL, voce *Detenzione (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, 555: «la realtà è che possesso e detenzione hanno lo stesso contenuto, la differenza consistendo in ciò che il possessore esplica

scenza da un soggetto a un altro non faccia venir meno l'essenza del *know-how*, ossia – per l'appunto – la sua esclusività. In altri termini, si potrebbe obiettare che una certa conoscenza di cui soltanto un soggetto dispone costituisca un bene degno di considerazione economica, e quindi di tutela giuridica, proprio fin tanto che quella conoscenza rimanga riservata: ma da ciò dovrebbe allora trarsi l'infigurabilità della cessione del *know-how*. Viceversa, se si ammette la cedibilità del *know-how*, bisogna presupporre che la trasmissione di una certa conoscenza non faccia venir meno il suo carattere di esclusività, nonché quindi – in connessione con ciò – la sua consistenza economica oltre che la ragione di tutela giuridica. Naturalmente, questo si potrebbe sostenere solo fintantoché il trasferimento della conoscenza si mantenesse entro limiti ragionevolmente accettabili<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> Senza dire, poi, della revisione radicale del concetto di 'esclusività' della conoscenza che s'impone nel mondo della comunicazione globale: utile seguire il filo delle riflessioni svolte da P. SPADA, *'Creazione ed esclusiva', trent'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 703 ss.; ID., *La proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, 635 ss.; ID., *'Domain names' e dominio dei nomi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 713 ss.; ID., *Copia privata ed opere sotto chiave*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, I, 591 ss.

Siffatte difficoltà, che trovano la loro origine nella peculiare natura del *know-how*, hanno prodotto ampi riflessi sull'impostazione giurisprudenziale del tema.

Secondo un orientamento oggi superato, che si vede espresso per esempio in Cass. 28 giugno 1985, n. 3881, la cessione del *know-how* sarebbe valida solo qualora fosse previsto da parte del cedente un servizio di assistenza a favore del cessionario<sup>69</sup>. Con questa premessa, però, non si potrebbe dire oggetto di tutela e di disposizione il *know-how* in sé considerato; semmai, esso verrebbe giuridicamente in rilievo nella misura in cui fosse inserito (e si direbbe quasi 'diluito') all'interno di una più ampia prestazione di *facere* comprensiva anche della trasmissione di conoscenze ed esperienze. In questo modo, però, il problema della considerazione giuridica del *know-how*, principalmente sul piano della sua configurabilità in termini di *res*, appare sostanzialmente eluso, giacché è solo in forza di una sorta di *chicane* logica che il suo contenuto viene, alla fine, assorbito nel contenuto del contratto.

<sup>69</sup> In *Giur. it.*, 1987, I, 1, 156 ss.: nella decisione pesa però anche la considerazione del fatto che nella specie la conoscenza che si intendeva trasmettere (*id est* trattamenti estetici di protesi capillare) era priva dei necessari caratteri di esclusività e segretezza.

rie»<sup>94</sup>, con la conseguenza che l'intero sistema delle tutele invocabili dal promissario acquirente riceve spiegazione in termini rigidamente obbligatori. Si tratta infatti di tutele derivanti non «da una anticipata applicazione della disciplina della compravendita, ma da una rigorosa applicazione dell'art. 1218 cod. civ., essendo a carico del promittente alienante l'obbligo di trasferire la proprietà esente da vizi, difformità, oneri. Ecco perché è anche possibile agire con l'azione di condanna all'eliminazione dei vizi stessi»<sup>95</sup>.

Fuoriesce dal raggio dei problemi affrontati dai giudici (i quali però avrebbero ben potuto cogliere l'occasione per estendere *motu proprio* i confini del loro intervento chiarificatore), ma costituirebbe la logica quadratura del loro ragionamento, poi, la considerazione – a mio giudizio assai importante – che in tanto il possesso è situazione di fatto, in quanto la detenzione è invece situazione che trova fondamento in un titolo di diritto (nella specie il contratto in forza del quale il promissario ac-

<sup>94</sup> Così F.M. GAZZONI, *Deve essere autorizzato il preliminare*, cit., 732.

<sup>95</sup> Traggio ancora da F.M. GAZZONI, *Deve essere autorizzato il preliminare*, cit., 732, alla luce di Cass., sez. un., 27 febbraio 1985, n. 1720.

Si noti a margine che si tratta di soluzione senza dubbio coerente rispetto alla premessa rappresentata dalla nozione di possesso di cui all'art. 1140 cod. civ. Ma non è l'unica soluzione immaginabile: contemperando quella stessa nozione di possesso con l'idea della sua disponibilità per via convenzionale, il § 854 BGB, al secondo comma prevede che «*die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Erwerb, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben*», dunque l'accordo fra il precedente possessore e l'acquirente è sufficiente all'acquisto, quando l'acquirente sia in condizione di esercitare il potere di fatto sulla cosa.

Vale la pena di osservare che la distinzione dei due piani, quello fattuale e quello di diritto, nella sentenza in esame risulta accentuata per effetto della lettura del preliminare a effetti anticipati in termini di collegamento contrattuale (anziché di contratto atipico ai sensi dell'art. 1322 cod. civ., come si è visto), giacché ciò consente di affermare che quell'accordo sia rappresentato da un «ordinario preliminare, cui accede una pattuizione che regola la fase intermedia, con attribuzioni provviso-

Il cammino di progressivo riconoscimento del *know-how* quale autonomo oggetto di diritti (e dunque la sua assunzione da *Gegenstand* a *Vermögensgegenstand*) vede poi il compiersi di un significativo passo in avanti con il regolamento comunitario n. 556 del 1989, che all'art. 1, comma 7, definisce il *know-how* come un «insieme di informazioni di tecniche segrete, sostanziali ed identificate in una qualsiasi forma appropriata».

La giurisprudenza sviluppa l'impostazione data dalla fonte comunitaria, affermando con Cass. 20 gennaio 1992, n. 659 che il *know-how* 'in senso stretto' – per tale intendendosi, come si è detto, un insieme di conoscenze ed esperienze non tutelate da brevetto – rappresenta un bene economico, meritevole di essere considerato come autonomo elemento patrimoniale che, sebbene non tutelato *erga omnes* (così testualmente afferma la sentenza), è comunque trasferibile verso corrispettivo<sup>70</sup>. Si

<sup>70</sup> In *Corriere giur.*, 1992, 891 ss., con commento di M. COSTANZA. L'affermazione che si legge in sentenza della non configurabilità del *know-how* come oggetto di «diritto soggettivo munito di tutela assoluta valevole *erga omnes*» si inserisce nel contesto di una motivazione che intende comprovare la credibilità del *know-how* oggetto di un contratto atipico *ex art.* 1322 cod. civ., senza venirne a costituire il fulcro: in ogni caso, è

riconosce pertanto la natura di *res* commerciabile del *know-how*, ancorché in tal caso l'appartenenza di quest'ultimo non sia ricostruita propriamente nei termini di un diritto assoluto che può vantarsi nei confronti di chiunque.

Quindi, con il già citato d.lgs. 19 marzo 1996, n. 198, in recepimento degli accordi TRIPs, viene inserito nella c.d. legge invenzioni, r.d. 29 giugno 1939, n. 1127, l'art. 6 *bis*, nel quale è accolta la nozione di *know-how*, e la sua violazione è configurata in termini di atto di concorrenza sleale (ai sensi dell'art. 2598, n. 3, cod. civ.); il contenuto dell'art. 6 *bis* è quindi oggi versato all'interno del codice della proprietà industriale, d.lgs. n. 30 del 2005, all'art. 98.

La recente giurisprudenza ha lavorato ancora su questi presupposti e, per esempio con Cass. 10 gennaio 2004, n. 206, ha qualificato come cessione di ramo d'azienda quella avente per oggetto un gruppo di lavoratori coordinati e dotati di particolare *know-how*<sup>71</sup>: le speci-

---

in essa ravvisabile un ritorno a posizioni (*ab origine* ascarelliane) in base alle quali finché manchi il brevetto non vi sarebbe spazio per diritti assoluti.

<sup>71</sup> In *Guida al dir.*, 2004, 11, 78 ss. La sentenza muove dalla considerazione del d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18, di attuazione della direttiva n. 98/50, nonché da una

un elemento soggettivo oppure di situazione meramente oggettiva (sintetizzabile nell'alternativa tra Savigny e Jhering, cui si è poc'anzi fatto cenno), il dato indubitabile che si coglie dalle parole della Corte è che il possesso costituisce una situazione puramente fattuale, da verificarsi con attenzione al caso di specie: pertanto di tale situazione non è possibile disporre per via negoziale. In altri termini, il possesso è un'attività, la quale non può essere trasferita, ma solo 'realizzata'.

Si tratta di un'impostazione che ha senza dubbio il pregio della limpidezza.

Potrebbe dirsi addirittura un'impostazione confortante – almeno dal punto di vista della stabilità del sistema –, in quanto confermativa dell'idea, antica e rigorosa, secondo cui il possesso non è *ius*. E se il possesso non è *ius* (sicché non v'è *actio*: in effetti la tutela del possesso nel diritto romano classico era affidata soltanto alla concessione degli *interdicta* pretori), allora una manifestazione di volontà non potrebbe bastare a modificarne la 'titolarità'. Il piano di diritto non interseca quello di fatto, con la conseguenza che qualsivoglia strumento convenzionale si rivelerebbe inidoneo al 'trasferimento' del possesso, mentre la situazione di fatto può solo essere accertata in quanto tale.

non è situazione ‘di diritto’, bensì ‘di fatto’, ragion per cui esso è inidoneo a costituire oggetto di atti di disposizione<sup>93</sup>.

In questa prospettiva si comprende il senso dell’affermazione secondo cui il possesso «non può essere trasferito per contratto separatamente dal diritto del quale esso costituisce l’esercizio, considerato che un’attività non è mai trasmissibile, ma può essere solo intrapresa, e l’intrasmissibilità è maggiormente evidente in ordine al possesso, in quanto l’attività che lo contraddistingue deve essere accompagnata dall’*animus possidendi*». Al di là del riferimento – a dire il vero inessenziale rispetto alla logica del discorso – all’*animus possidendi*, che rischia nuovamente di condurci all’inesausto problema della configurazione del possesso in termini di elemento oggettivo combinato con

---

<sup>93</sup> Secondo S. PATTI, *Consegna del bene*, cit., 284 ss., è il contratto a determinare la detenzione, con la conseguenza che: a) la detenzione è una situazione di diritto e non di fatto; b) l’elemento soggettivo è irrilevante in ordine alla configurabilità del possesso. Così, se v’è un titolo, ricorre la situazione di diritto, ossia la detenzione; se invece non v’è il titolo, ricorre la situazione di fatto, il possesso. Invece l’*animus* rileva solo ai fini dell’interconversione, ossia del passaggio da detenzione a possesso: in tal caso si determina una situazione *contra ius*, nel senso che essa non è più conforme al titolo, in ragione del mutato *animus* del soggetto.

fiche conoscenze tecniche, nonché il valore che si collega al fatto stesso del coordinamento dei lavoratori sono beni che, nella loro immaterialità, appaiono comunque idonei a costituire oggetto di cessione.

Significativo è il fatto che la l. 6 maggio 2004, n. 129, nella quale è stabilita la disciplina dell’affiliazione commerciale, dia una definizione di *know-how* in linea con quella presente nel regolamento comunitario sopracitato, poi recepita ed elaborata dalla Corte Suprema: e così all’art. 1 si afferma che per *know-how* s’intende «un patrimonio di conoscenze pratiche non brevettate derivanti da esperienze o da prove eseguite dall’affiliante, patrimonio che è segreto, sostanziale ed individuato».

Inoltre, una volta ‘entificato’ il *know-how*, e quindi riconosciutane la credibilità, è gioco forza concludere nel senso che esso possa costi-

---

serie di pronunce della Corte di Giustizia europea (10 dicembre 1998, cause riunite C-127/1996, C-229/1996 e C-74/1997, Vidal; 10 dicembre 1998, cause riunite C-173/1996 e C-247/1996, Hidalgo) per concludere nel senso che «l’entità economica è da intendere come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un’attività economica, sia essa essenziale o accessoria che deve conservare, con il trasferimento di parti di imprese o di stabilimenti, la propria identità».

tuire oggetto di rapporti complessi, come per esempio il *franchising* (l. 129 del 2004).

Seguendo – sia pure in questa visione di sintesi – la traiettoria del progressivo riconoscimento del *know-how* nel nostro ordinamento, si è potuto constatare lo sforzo, nel quale si è impegnata la giurisprudenza, di adeguamento dell’oggetto della proprietà intellettuale alle strutture classiche del *ius in rem*, o viceversa – se si preferisce – di adeguamento delle strutture del *ius in rem* all’oggetto della proprietà intellettuale. Comunque, il carattere immateriale dell’oggetto impone cautele e correttivi nell’adozione pura e semplice del modello dominicale, che non potrebbe vedersi schematicamente applicato.

Emblematica del tipo di difficoltà incontrate (e per vero non superate) in operazioni di questo tipo appare una sentenza in tema di cessione del diritto d’autore, Trib. Bologna 12 maggio 1998<sup>72</sup>, nella quale si rileva che «con il pagamento del corrispettivo dovuto, non il lavoro viene retribuito, ma il godimento dell’opera da parte di un soggetto diverso dall’autore, integrando questi diritti un’ipotesi di frutti civili o fattispecie a queste assimilabili».

<sup>72</sup> In *Dir. fall.*, 2004, II, 273 ss., con nota di N. CANNONE, *Fallimento dell’editore committente e crediti del traduttore di opera letteraria*.

zialmente a un contributo dottrinale<sup>91</sup>), la quale ci spingerebbe semmai ad affrontare il vasto tema del collegamento negoziale<sup>92</sup>, che intendo qui soffermare l’attenzione. Ciò che più conta, ora, è invece evidenziare l’argomento fondamentale da cui scaturiscono anche le conclusioni: e il *primum movens* è rappresentato proprio dalla constatazione che il possesso

<sup>91</sup> Per F.M. GAZZONI, *Deve essere autorizzato il preliminare di vendita di un bene del minore? Il promissario acquirente cui sia stata consegnata la cosa è detentore o possessore?*, in *Riv. notar.*, 2001, 723 ss., il quale interveniva a commento della coppia di sentenze della Suprema Corte n. 8796 e n. 14358, del 2000, «in assenza del titolo traslativo, costituito dal contratto definitivo, le attribuzioni poste in essere dai promittenti sono provvisorie e quindi giustificabili in termini obbligatori, nel senso che essi si impegnano per un verso a non ripetere la somma e per altro verso a non pretendere la restituzione della cosa, in entrambi i casi fino a quando e se il definitivo sarà concluso. [...] In sostanza è come se i promittenti ponessero in essere, da un lato, un mutuo gratuito e, dall’altro, un comodato, al fine di permettere, alla controparte, di disporre di una somma e di lucrare gli interessi o di godere gratuitamente della cosa» (così in specie *ibidem*, 731).

<sup>92</sup> Per un inquadramento, R. SCOGNAMIGLIO, voce *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 375 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*<sup>13</sup>, Napoli, 2007, 820 ss.; da ultimo, in argomento, V. BARBA, *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale*, in *Studi in onore di G. Benedetti*, I, Napoli, 2008, 25 ss.

acquirente che ne ha goduto per tutto quel tempo senza che si fosse mai giunti alla conclusione del definitivo. Nel ragionamento sviluppato dai giudici si osserva inoltre che il contratto preliminare a effetti anticipati risulta dal collegamento di un contratto di comodato e di un altro di mutuo. Così, il primo dei due renderebbe ragione della situazione di detenzione – e non di possesso – della cosa nella quale viene immesso il promissario acquirente<sup>90</sup>: ciò da cui si fa discendere l'iusucapibilità della cosa stessa; il secondo contratto invece spiegherebbe la ragione per la quale viene corrisposta la somma di denaro, integrante anticipato pagamento del prezzo (o di parte di esso). Quindi i giudici ritengono che attraverso il contratto preliminare a effetti anticipati si realizzi non già l'ipotesi del contratto atipico, bensì – una volta esplorato in motivazione il panorama dei contratti misti, complessi e collegati – lo schema del collegamento contrattuale, nel quale sono avvinte più determinazioni di interessi. Non è però sull'ingegnosa costruzione or ora sintetizzata (riconducibile essen-

<sup>90</sup> Che con il comodato si dia luogo a detenzione, e non a possesso, è indiscusso: Cass. 30 marzo 1995, n. 3811, in *Rep. Foro it.*, 1995, *Possesso*, 42.

li, a cui non può riconoscersi il privilegio generale sui mobili *ex art. 2751 bis, n. 2, c.c.*». I giudici dunque si avvalgono, onde identificare le linee della fattispecie nella quale un soggetto gode dietro corrispettivo dell'opera dell'ingegno d'altri, dello schema tradizionale '*res-fructus*'. Non stupisce che un siffatto tentativo di adattamento di una veste giuridica antica, qual è quella del frutto (art. 820 cod. civ.), però per un'ipotesi caratterizzata da immaterialità, susciti più di qualche dubbio in dottrina: commenta in proposito Spada che «l'ottica dominicale genera una (perversa) *ratio decidendi*»<sup>73</sup>. La forzata adozione di modelli concettuali pensati per beni materiali appare in effetti qui inidonea a catturare la complessità del caso. Così osserva l'Autore che «da conformazione in termini di proprietà dei regimi in parola è certamente frutto di un'assimilazione, legittimata da obiettivi di politica legislativa o di edificazione dogmatica; insomma, è una delle tante finzioni delle quali si avvale il sapere giuridico. E di questa, come di altre assimilazioni, è doveroso, in principio, fare un uso argomentativo vigilato, sempre consapevole

<sup>73</sup> P. SPADA, *La proprietà intellettuale*, cit., 439.

cioè della relatività funzionale dell'assimilazione della quale si tratta»<sup>74</sup>.

### 9. Il fenomeno di smaterializzazione del denaro.

All'interno della generale tendenza verso la smaterializzazione del bene oggetto di *ius in rem*, sulla quale ci si è soffermati parlando finora di *know-how*, merita un'attenzione particolare il processo di progressiva smaterializzazione che va investendo il 'bene-denaro'. Si tratta di una tendenza che la giurisprudenza italiana ha interpretato con risolutezza negli ultimi tempi.

In particolare, mi riferisco alla pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite del 18 dicembre 2007, n. 26617, nota per aver affermato – in estrema sintesi – l'equiparazione dell'assegno circolare al denaro contante<sup>75</sup>.

<sup>74</sup> P. SPADA, *La proprietà intellettuale*, cit., 439.

<sup>75</sup> La si veda in *Corriere giur.*, 2008, 500 ss., con nota di A. DI MAJO, *I pagamenti senza denaro contante nella 'cashless society'*; ma anche in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 751 ss., con nota di F. MORCAVALLO, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria mediante consegna di assegni circolari: inquadramento sistematico e valutazione teorico-applicativa di un orientamento evolutivo*; inoltre in *Notariato*, 2008, 505 ss., con commento di B. RONCHI, *L'estinzione dell'obbligazione pecuniaria attraverso la consegna di assegno*

che quel godimento della cosa corrisponde a una situazione di detenzione (qualificata), non già di possesso<sup>89</sup>. Ciò ha consentito alla Corte di escludere che, una volta trascorso il termine ordinario per l'usucapione, il bene possa ritenersi acquistato in proprietà dal promissario

---

immediata immissione nel godimento; si veda poi la recente Cass. 15 luglio 2006, n. 16937, in *Resp. civ.*, 2007, 788 ss., con nota di F. TOSCHI VESPASIANI, *Il contratto preliminare, l'obbligo di dare e i limiti di cumulabilità tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*. In generale, si veda poi G. SICCHIERO, *Il contratto preliminare*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, III, *Effetti*, Milano, 2006, 403 ss. Nella prospettiva che qui viene in rilievo, ma senza riferimenti alla sentenza a Sezioni Unite del 2008, n. 7930, A. BALANTE, *Preliminare ad effetti anticipati e consegna del bene prima della stipula del definitivo*, in *Contratti*, 2009, 527 ss.

<sup>89</sup> Si tratta di una decisione pubblicata in *Guida al dir.*, 2008, 19, 23 ss., con nota di P. PIRRUCCIO, *Possibile rivendicare la proprietà solo se muta il titolo del possesso*; in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, I, 1044, con nota di G. SCALITI, *Il preliminare di vendita ad esecuzione anticipata: nuovi profili e vecchie questioni*, nonché *ibidem*, II, 284 ss., con commento di S. PATTI, *Consegna del bene*, cit.; quindi in *Corriere giur.*, 2008, 1090 ss., con nota di R.P. PUCE, *Immissione del promissario acquirente nella disponibilità del bene: possesso o detenzione?*; in *Notariato*, 2008, 391 ss., con commento di G. GIULIANO; in *Contratti*, 2008, 1002 ss., con commento di D. CAVICCHI. Sulle posizioni espresse dalla dottrina in argomento, si veda G. SCALITI, *Il preliminare di vendita*, cit., 1051 s.

versi (pur semplificando: quello privato e quello pubblico).

11. *La significativa elaborazione del tema del possesso nella recente giurisprudenza italiana.*

Mi sembra interessante a questo punto vedere come il radicamento del possesso nell'idea del 'potere di fatto' sulla cosa risulti confermato in alcune recenti prese di posizione della nostra giurisprudenza.

La Corte di Cassazione ha con particolare vigore ribadito l'incardinamento della nozione di possesso nella situazione fattuale con una sentenza, la già celebre decisione delle Sezioni Unite della Cassazione del 27 marzo 2008, n. 7930, che ha suscitato l'attenzione di un vasto numero di commentatori.

Di fronte a un'ipotesi di preliminare di vendita con effetti anticipati (detto anche 'complesso'), ossia con immissione nel godimento del bene<sup>88</sup>, i giudici hanno affermato

<sup>88</sup> La figura del preliminare a effetti anticipati è troppo nota perché sia necessario qui richiamarne i profili: tra molte sentenze, si veda la fondamentale Cass., sez. un., 27 febbraio 1985, n. 1720, in *Giust. civ.*, 1985, II, 1630 ss., con chiara definizione dell'architettura che caratterizza il preliminare e il definitivo nel caso di

L'argomentazione fatta propria dalla Corte è incentrata sull'idea secondo cui il pagamento costituisce un comportamento idoneo a ottenere lo scopo rappresentato dall'estinzione del debito, andando al di là della materiale consegna del denaro. Si assiste dunque al prevalere dell'aspetto del *facere* rispetto a quello del *dare*: l'attenzione si appunta sugli effetti della condotta, muovendo dalla considerazione dei quali è possibile 'indurre' cosa debba intendersi per pagamento. Al di là dell'aspetto piuttosto tautologico che emerge quando in sostanza si dice che il pagamento è quel che tale si ritiene per il diritto (sicché siamo di nuovo al gioco della qualificazione giuridica di un *quid* dematerializzato), ciò che preme mettere

---

*circolare*; in *Obbl. e contr.*, 2008, 684 ss., con nota di S. GIOVANNELLI, *Adempimento dell'obbligazione pecuniaria mediante assegno circolare: l'intervento delle sezioni unite*; in *Riv. notar.*, 2009, 209 ss., con nota di N. TURCHINI, *Sull'oggetto dell'obbligazione pecuniaria e sul suo adempimento*; la si può vedere inoltre in *Foro it.*, 2008, I, 503 ss., nonché in *Contratti*, 2008, 490. Sulla pronuncia si veda poi l'ampio commento di A. VENTURELLI, *Esibizione di assegno ed 'esatto' adempimento dell'obbligazione pecuniaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 1407 ss., ove sono ampi riferimenti bibliografici. L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite (Cass. 28 giugno 2006, n. 14957) è pubblicata in *Foro it.*, 2006, I, 3062 ss.

in evidenza è che per l'effetto solutorio non è richiesta di necessità una *datio rei*.

Una volta ridefiniti i presupposti per l'identificazione del concetto di pagamento, la pronuncia a Sezioni Unite del 2007 ha dischiuso la strada alla parificazione, rispetto al denaro, di altri strumenti di pagamento: dell'assegno di traenza, nel caso di Cass. 10 marzo 2008, n. 6291, sentenza nella quale si afferma che «l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria va inteso non come atto materiale di consegna della moneta contante, bensì come prestazione diretta all'estinzione del debito, nella quale le parti devono collaborare osservando un comportamento da valutare per il creditore secondo la regola della correttezza e per il debitore secondo la regola della diligenza»<sup>76</sup>. Qui sembra dunque che il richiamo alla correttezza e alla buona fede riempia di contenuto il vuoto lasciato dall'obliterazione dell'elemento materiale della consegna.

L'impianto delineato dalla pronuncia delle Sezioni Unite di fine 2007 viene poi ripreso da Cass. 10 luglio 2008, n. 18877, sia pure, in quest'occasione, onde giungere alla conclusione secondo cui il bonifico bancario è ini-

<sup>76</sup> In *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1193 ss., con nota di F. VOMERO, *Il pagamento con assegno di traenza alla luce del principio di buona fede*.

se in entrambe le situazioni di appartenenza si manifesta una «signoria (politico-religiosa) su un territorio»<sup>85</sup>, tuttavia nel caso del *dominium* (la cui radice è *dom*, forse con qualche attinenza a quella di *mancipium*) essa si qualifica come signoria 'spettante', mentre nel caso della *possessio* (*pot* ovvero *poss*, unito a *sedes*, come si è visto) si tratta di una signoria 'imperante': «la spettanza, dunque, non è data dalla religiosità di un rapporto di fatto, ma dalla conformità del rapporto dinamico-religioso ai *mores*, alle convenzioni, al diritto che vigono tra le parti in questione»<sup>86</sup>.

La suggestione che deriva da una lettura in termini quasi mitizzanti della situazione possessoria – che raggiunge il suo apice nella ricostruzione in chiave magico-religiosa di Hägerström<sup>87</sup> –, per il suo legame di incorporazione con la terra, ha suggerito quindi un parallelismo tra l'idea della *possessio* e quella del *bellum*, l'una e l'altra accomunate dal fatto di essere espressione di *poss*, se pure su piani di-

<sup>85</sup> A. CARCATERRA, *Possessio. Ricerche di storia e di dommatica*, Roma, 1938 (rist. Roma, 1967), 10 ss.

<sup>86</sup> A. CARCATERRA, *Possessio*, cit., 28.

<sup>87</sup> A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, Uppsala - Leipzig, 1927, in specie 83 ss.

del potere esercitato, secondo un'idea che emerge fin già dall'etimo di *possessio* e *possedere*, frutto della giunzione tra le due radici *pot* (o *poss*) e *sedes*, ovvero fra i temi semantici di 'potere' e di 'luogo'. Ed è interessante notare inoltre come il riferimento al 'luogo' torni anche nel sostantivo tedesco *Besitz* (e nel corrispondente verbo *besitzen*), nel quale è traccia della radice indicante il luogo, la *sedes*, appunto, su cui il potere si esprime, a conferma del rapporto di necessità che collega i due poli concettuali nell'idea di possesso<sup>84</sup>.

Già nella definizione labeoniana riportata da Paolo nel libro 54 *ad ed.*, in D. 41.2.1 pr. (*possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit, quam Graeci κατοχήν dicunt*), emerge con chiarezza questo collegamento. E per ciò che si è appena detto a proposito del possesso non è meno vero quello che si è osservato in precedenza con riguardo al *dominium*, giacché

<sup>84</sup> Nella concezione propria della tradizione germanica ci si imbatte nell'idea di *Gewere*, per la quale era decisiva la relazione materiale in cui veniva a realizzarsi il potere effettivo sulla cosa: *tatsächliche Gewalt*. Cfr. R. SACCO - R. CATERINA, *Il possesso*, cit., 54 ss.; inoltre, M. WOLFF in L. ENNECERUS, TH. KIPP, M. WOLF, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, II, Marburg, 1913, 11 ss.

doneo all'estinzione del debito<sup>77</sup>; e il medesimo esito rappresentato dall'esclusione dell'equiparabilità tra bonifico bancario e denaro contante è confermato pure da Cass. 19 novembre 2008, n. 27520<sup>78</sup>.

L'aspetto fondamentale che s'intende evidenziare è quello da cogliersi nella virtualizzazione di quell'assai particolare *res* che è il denaro. Ma merita di essere rimarcata più ampia ridefinizione, da parte della giurisprudenza, dei rapporti giuridici collegati al denaro.

In specie, si muove da una considerazione del denaro che prescinde dalla presenza di qualsivoglia supporto materiale: come si è visto, il denaro non è più una *res*, quanto piuttosto il medesimo potere d'acquisto che il denaro è in grado di esprimere. Anche a questo proposito ben si potrebbe ripetere che appare abbandonata l'immagine tradizionale della struttura del *ius in rem* (soggetto→*res*).

Dalla diversa considerazione dell'oggetto-denaro si ricava la necessità di disegnare un nuovo profilo del diritto su di esso: l'antica forma del *ius in rem* sembra non rappresentare adeguatamente la modalità dell'appartenenza del denaro; piuttosto che pensare all'idea di

<sup>77</sup> Massimata in *Obblig. e contr.*, 2008, 1036.

<sup>78</sup> In *Mass. Giur. it.*, 2008, 10, 1585.

un diritto di proprietà sulla cosa, occorre immaginare la titolarità di un ‘potere d’acquisto’ rilevante in quanto tale.

In esito a una generale revisione che muove dal superamento dell’idea del denaro in termini di *res* e, per conseguenza, non può che coinvolgere la configurazione del diritto sul bene, risulta in ultima analisi riplasmata la struttura dell’atto di disposizione del denaro. Il pagamento non è integrato da una *traditio* della *res*, bensì consiste in una prestazione (di *dare*, o addirittura di *facere*?) il cui contenuto necessita di essere volta per volta definito, ancorché comunque si tratti di attribuzione di un potere d’acquisto.

Insomma appare smarrito – o almeno percepito come non più caratterizzante – il profilo del *dare*, che nella concezione tradizionale costituiva la struttura portante dell’atto di pagamento (*solutio* intesa come *dare di certa pecunia*). Il fenomeno di virtualizzazione del denaro ha investito, a monte, anche le forme dell’atto di disposizione sullo stesso. Tutte queste trasformazioni trovano piena spiegazione nella cornice di quella che in dottrina è stata efficacemente chiamata *cashless society*<sup>79</sup>.

<sup>79</sup> Cfr. A. DI MAJO, *I pagamenti senza denaro contante*, cit., 751 ss.

di fatto (*ex facto oritur ius*): ove si dia una situazione rappresentabile in termini di potere di un soggetto sulla cosa, il diritto non potrebbe non tenerne conto con il tendenziale obiettivo di attribuire una veste giuridica a quella situazione fattuale. Inoltre, il dato – per così dire – ‘fisico’ rappresentato dal *rem tenere* rileva anche sotto il profilo della più efficace realizzazione di una pacifica e civile convivenza che si ottiene con la tutela del possesso, rispetto al rischio rappresentato dalla ragion fattasi<sup>83</sup>.

Quella alla base del possesso è un’esigenza ‘primigenia’ degli ordinamenti giuridici, esigenza che si esprime nel collegamento tra il potere di fatto e lo spazio fisico sul quale quello stesso potere si esercita.

Archetipico è il caso del possesso di un fondo, ancora una volta di un potere dell’uomo sulla terra, dunque, su quella *iustissima tellus* cui – come si è visto dianzi – è concettualmente legato l’*Ordnung*. Così, risale alle origini della tutela del possesso la necessità di cogliere l’aspetto della localizzazione (*Ortung*)

<sup>83</sup> Su questo profilo, in particolare, R. SACCO - R. CATERINA, *Il possesso*<sup>2</sup>, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu Messineo*, continuato da L. Mengoni, VII, Milano, 2000, 17 ss.; in precedenza, R. SACCO, voce *Possesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 491 ss.

possesso di una cosa si acquista con il conseguimento del potere di fatto sulla cosa).

Comune può dirsi l'idea di base – rimarcata dalla nostra giurisprudenza, come presto si vedrà – secondo cui il possesso costituisce un 'potere di fatto' sulla cosa.

Senza qui addentrarsi nell'insidioso dibattito in ordine alla necessità o meno dell'elemento soggettivo<sup>81</sup>, rimane quindi non messa in discussione l'idea del possesso inteso come *res facti*; e da tale idea, a ben vedere, non ci si distacca neppure se si intenda accogliere la revisione in senso espansivo proposta dalla più moderna dottrina, la quale ricostruisce il possesso in termini, se non ancora di diritto, però almeno di 'situazione giuridica soggettiva'<sup>82</sup>.

Si è soliti affermare che la radice fondamentale del possesso è da ricercarsi nell'esigenza di adeguare il profilo di diritto a quello

<sup>81</sup> In argomento, S. PATTI, *Possesso*, ne *Il diritto. Enc. giur.*, XI, Milano, 2007, 267 s.

<sup>82</sup> Si veda L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, II, *Diritti reali*, Torino, 1988, 369 ss., ove in specie si ritiene «superabile la, in certo senso tradizionale, concezione del possesso quale mero fatto e, ormai, comune convinzione che si tratti, invece, di vera e propria situazione soggettiva», essendo il possesso «complemento del diritto (reale) sul bene». Dunque, si potrebbe dire: complemento del diritto, ma non ancora diritto.

10. PARTE SECONDA. *Il modello del possesso: l'indicazione del DCFR.*

Procedendo in maniera simmetrica rispetto alle considerazioni svolte nella prima parte di questo mio discorso, passo ora a considerare, per quanto riguarda il possesso, la nozione che di quest'ultimo fornisce il DCFR.

Nel libro VIII, all'art. 1:205, il possesso è definito come il controllo fisico diretto o indiretto sulla cosa. Quindi la medesima disposizione precisa che il controllo è diretto quando sia esercitato dal possessore personalmente oppure per il tramite del c.d. *possession-agent*, che esercita il controllo nell'interesse del possessore; indiretto invece quando sia esercitato da altra persona, il c.d. *limited-right-possessor*.

Poi, nell'art. 1:206 si definisce il proprietario-possessore, dicendo che è la persona che esercita il controllo fisico diretto o indiretto sulle cose, con l'intenzione di fare ciò, come se fosse il proprietario.

Se ne deduce pertanto che nella configurazione del DCFR l'elemento soggettivo, tradizionalmente identificato nell'*animus (possidendi)*, continua a essere parte integrante della nozione di possesso. La concezione del possesso che emerge è dunque basata su un elemento oggettivo, il potere di fatto sulla cosa,

nonché su un elemento soggettivo, l'intenzione di tenere la cosa come propria: siffatta ricostruzione della situazione possessoria, quindi, si riallaccia abbastanza direttamente a quella della dottrina savigniana, senza dubbio dominante ancorché non incontrastata (basti rammentare che a essa – com'è noto – si era autorevolmente opposto Jhering)<sup>80</sup>.

<sup>80</sup> Per l'una opinione si veda F.C. VON SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung*<sup>7</sup>, Wien, 1865, per l'altra R. VON JHERING, *Der Besitzwille. Zugleich eine kritik der Herrschenden juristischen Methode*, Jena, 1889. Per una svalutazione dell'elemento soggettivo, F. DE MARTINO, *Del possesso, della denuncia di nuova opera e di danno temuto. Art. 1140-1172*<sup>5</sup>, in *Commentario al codice civile Scialoja Branca*, Bologna - Roma, 1984, 525 ss. Il requisito dell'*animus* è sottoposto a critica soprattutto per i problemi che comporta dal punto di vista probatorio: problemi che ricorrono ogni qual volta si tratti di dar conto dell'esistenza di uno stato soggettivo. Secondo C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Milano, 1999, 728 ss., l'acquisto del possesso non sarebbe impedito dall'incapacità del soggetto, né dalla sua ignoranza di avere la cosa presso di sé; il che conduce a valutare la non essenzialità dell'*animus possidendi*. Una generale revisione dei requisiti del possesso, in senso rigorosamente oggettivo, è di recente proposta da S. PATTI, *Consegna del bene al momento del preliminare e acquisto della detenzione. Note a Cass., sez. un., 27.3.2008, n. 7930*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 284 ss.

Sebbene in tal caso l'apparato di commento della c.d. *Full Edition* non risalga all'impostazione romana, comunque si legge, nel solco della tradizione, che «*the notion of possession is common to all European legal systems. Although differences may appear from system to system, the concept of possession in all of them attaches to the factum of exercising actual physical control over a movable; the existence of a particular right to do so is in this respect irrelevant. Possession in most legal system consists of two elements: the corpus element, relating to the actual physical control exercised over the movable, and the animus element, which refers to the intention with which the possessor exercises physical control*».

L'art. 2228 del *code* del 1804 definiva la *possession* come «*la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom*», disposizione ricalcata dall'art. 685 del nostro codice del 1865. Differente è invece la prospettiva adottata dall'art. 1140 cod. civ.: «il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale», piuttosto simile a quella del § 854 BGB, che esordisce affermando che «*der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben*» (il

area of judge made law, and on some of the most exemplary cases.

TOMMASO DALLA MASSARA

Prof. associato, titolare di Istituzioni di diritto romano e  
Fondamenti del diritto privato europeo  
Università degli Studi di Verona  
E-mail: tommaso.dallamassara@univr.it

denza, nel caso neppure potrebbe vedersi un costituito possessorio, ossia il passaggio inverso in base al quale il possessore divenga detentore a mezzo di una dichiarazione di volontà con cui affermi di riservare per sé la detenzione del bene di cui era in precedenza possessore (anche se la figura stessa del costituito possessorio si presterebbe a essere invocata, in altro modo, onde avvalorare l'idea che una manifestazione di volontà possa incidere sulla titolarità della situazione di appartenenza).

Rispetto all'impostazione di fondo secondo cui la situazione possessoria costituisce *res facti* da accertarsi volta per volta, si potrebbe rilevare in via di prima approssimazione che il nostro ordinamento però conosce, per effetto dell'art. 1146 cod. civ., il fenomeno della successione nel possesso, di cui al comma 1 di tale disposizione, e quello dell'accessione del possesso, di cui al comma 2, quali figure di modificazione legale del titolo in base al quale un soggetto tiene la cosa. Si tratta di previsioni che consentono di andare oltre la considerazione meramente fattuale della situazione, come ve ne sono poi altre sparse nel codice<sup>101</sup>.

<sup>101</sup> Così si può ritenere che l'art. 1146 cod. civ., nell'articolazione dei suoi due commi, integri una fattispecie di possesso 'fittizio', almeno se per tale si in-

Nel primo caso, il successore a titolo universale continua il possesso del dante causa, mentre nel secondo, allorché si verifichi un fenomeno di trasferimento a titolo particolare, è prevista l'*accessio possessionis*, ossia la continuazione del possesso del dante causa in quello dell'avente causa.

In queste ipotesi è dunque la legge a stabilire che il successore, nell'un caso a titolo universale e nell'altro a titolo particolare, ha il possesso del bene, nonché da quale momento egli l'abbia, a prescindere dalla considerazione dello 'stato delle cose'.

---

tenda un possesso che è di fatto creato dalla legge. Sotto questo profilo assimilabili sono le ipotesi – per il resto molto differenti l'una dall'altra – di cui all'art. 460, comma 1, cod. civ., sul possesso nel quale è immesso il chiamato all'eredità senza necessità di una sua materiale apprensione; all'art. 1167, comma 2, cod. civ., ove si prevede che sia come non avvenuta l'interruzione del possesso qualora sia stata proposta l'azione per recuperare quest'ultimo ed esso sia stato effettivamente recuperato; all'art. 1168, comma 1, cod. civ., che stabilisce una sorta di continuazione del possesso per un anno dopo lo spoglio violento o clandestino onde chiedere la reintegrazione del possesso stesso; all'art. 1140, comma 2, cod. civ., sul possesso mediato che si realizza per mezzo di chi abbia la detenzione della cosa.

### ABSTRACT

Lo studio, che trova occasione in un Seminario organizzato dal C.S.M., guarda – in una visione 'di sintesi' – al modello dei diritti dominicali e a quello delle situazioni possessorie, per evidenziarne le rispettive linee caratterizzanti in un confronto tra vecchio e nuovo diritto europeo; adottando una prospettiva che procede a ritroso nel tempo, il discorso muove dalle definizioni di proprietà e possesso proposte nel DFCR per ritornare quindi alle radici fondamentali dell'una e dell'altra idea. In ciascun caso, l'attenzione è portata inoltre sul terreno giurisprudenziale, analizzando alcuni casi che paiono porre particolari problemi rispetto alla capacità rappresentativa dei modelli.

The paper, originally thought and written for a CSM Seminar, considers ownership and possession, in order to highlight the main patterns of such items, by comparing the new European law with the previous one. The essay goes on 'à rebours', that is looking into the past; in fact it starts with the DFCR definitions of ownership and possession, and goes back to the grounds of both ideas. Afterwards, the analysis focuses deeply on the

diritto, partecipi della missione che da sempre è messa sulle spalle del giurista: quella di ‘fare’ il diritto. Torna alla memoria il celebre passo ulpiano collocato in apertura del Digesto (D. 1.1.1), nel quale i giuristi sono chiamati ‘sacerdoti’ (*merito quis nos sacerdotes appellet*), consecrati all’*ars iuris* (quella *boni et aequi* della celeberrima definizione di Celso): magistratura, avvocatura, assieme naturalmente alla dottrina, siano allora parti dialoganti di un’unica giurisprudenza, nel senso dell’antica *scientia iuris*, però con profonda consapevolezza di essere calati nella nuova dimensione europea. Il diritto non merita un futuro di declino verso «un empirismo quotidiano fatto di regole e provvedimenti, dimentico di ogni teoria»<sup>125</sup>. Solo una cultura giuridica che abbia profondità di sguardo e sensibilità per rimeditare – anche criticamente – sulle proprie radici potrà assolvere al difficile compito di dare un contributo reale allo sviluppo del nostro nuovo diritto europeo.

<sup>125</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Riflessioni su ‘i fondamenti del diritto privato europeo’: una occasione da non spre-care*, in *Iura*, LI, 2000, 22.

Con riferimento all’*accessio possessionis*, la quale sembrerebbe più efficacemente prestarsi a sostenere l’idea che sia configurabile una forma negoziale di trasmissione del possesso, mi sembra si possano fare due rilievi: in primo luogo, con l’art. 1146, comma 2, cod. civ. non è regolato il ‘trasferimento’ del possesso, quanto piuttosto è aperta al successore a titolo particolare la facoltà di unire a proprio vantaggio il tempo del proprio possesso a quello del dante causa, sicché la disposizione a ben vedere riguarda la giunzione dei tempi del possesso, non la ‘trasferibilità’ (che comunque sarebbe *ope legis*, e non per via negoziale) di quest’ultimo<sup>102</sup>; in secondo luogo, se nel meccanismo della norma un ‘passaggio’ del possesso si realizza, comunque esso dipende strettamente da quello del diritto sul bene che forma oggetto anche di possesso: dunque nell’art. 1146, comma 1, cod. civ. non è disciplinato il modificarsi della situazione di fatto, bensì è previsto che alla situazione di diritto

<sup>102</sup> Si veda, sul punto, S. PATTI, *Consegna del bene*, cit., 287; similmente, secondo F.M. GAZZONI, *Dere essere autorizzato il preliminare*, cit., 73, nella norma sull’*accessio possessionis* «non c’è trasferimento, ma, se del caso, unione temporale di un possesso che inizia ad altro che è cessato».

(proprietà o altro diritto reale limitato) risulti ‘agganciata’ la situazione di fatto<sup>103</sup>.

Resta fatto salvo, anche sotto questo profilo, il principio del ‘doppio binario’ tra situazione di diritto e situazione di fatto. L’impostazione generale che appare confermata è quella secondo cui il possesso si acquista nel momento in cui il soggetto inizia l’attività corrispondente all’esercizio della proprietà o di altro diritto reale; al di là della materiale apprensione del bene, il passaggio del possesso potrebbe immaginarsi solo in corrispondenza con quello del titolo che costituisca o trasferisca il diritto reale.

12. *Una conferma del divieto della c.d. vendita del possesso.*

Si è visto come la pronuncia della Suprema Corte del 2008, muovendo dall’analisi dei problemi posti dal preliminare di vendita a effetti anticipati, si sia trovata a definire – almeno *incidenter* – la natura del possesso. Inoltre, statuendo l’indisponibilità del possesso per via convenzionale, i giudici hanno indirettamente preso posizione su una questione

<sup>103</sup> Cfr. Cass. 11 dicembre 1981, n. 6552.

C’è bisogno di uno sforzo eccezionale di elaborazione di strumenti logici, di supplementi di riflessione, talora anche di parole nuove, che siano in grado di compiere un adeguamento sorvegliato e consapevole dei preziosi modelli che abbiamo ereditato. Si intravede una mappa precisa per il giurista europeo: «secoli or sono proprio i giuristi, avvalendosi della riflessione romana, hanno saputo dotare l’Europa di un diritto comune, senza ignorare le discipline localmente preminenti; e successivamente hanno saputo lavorare insieme ad altri per dotare gli stati nei quali operavano di codificazioni in cui confluiva non poco di quanto i loro predecessori avevano costruito, dedicandosi poi a fondo allo studio di queste, senza quasi mai perdere il reciproco contatto, pur in un avvilente contesto di municipalizzazione della teorica giuridica»<sup>124</sup>.

Oggi l’impegno che si chiede ai giuristi è quello di elaborare un nuovo patrimonio di idee e di strumenti per il sistema giuridico dell’Europa di domani.

Mi sia consentito allora di chiudere con un auspicio. Ci si senta tutti soggetti e artefici del

---

raccolti in ID., *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova, 2008, ove in specie si veda *Una nuova dogmatica per il diritto privato europeo*, 45 ss.

<sup>124</sup> L. GAROFALO, in *Scienza giuridica*, cit., 141.

Il diritto del domani sarà, ancora una volta, quello che il nostro pensiero giuridico riuscirà a esprimere. Il che comporta una generale chiamata di responsabilità: mi riferisco al fatto che spetta al giurista, in quanto tale, il compito di ‘costruire’ il nuovo diritto. Senza dubbio, occorre evitare in ogni modo che il luogo di elaborazione del diritto europeo sia sentito come un ‘altrove’.

Se è ragionevolmente da escludersi che i funzionari e i politici di Bruxelles nella formulazione delle loro direttive si lascino ispirare da Giuliano o da Papiniano, da Labeone o Quinto Mucio Scevola<sup>122</sup>, tuttavia si deve credere che, «mediato da una dottrina sensibile alla cultura dei classici e all’articolata rielaborazione cui ha dato luogo nel tempo e capace di colloquiare con il legislatore comunitario, il pensiero di Giuliano o Papiniano, di Labeone o Quinto Mucio Scevola, per le benefiche virtù della sua conoscenza [...], finisca per aiutare i funzionari e i politici di Bruxelles»<sup>123</sup>.

<sup>122</sup> Cfr. R. ZIMMERMANN, *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 717.

<sup>123</sup> Così L. GAROFALO, *Scienza giuridica, Europa, Stati: una dialettica incessante*, in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica europea*, Padova, 2005, 141. L’Autore riprende e approfondisce queste riflessioni nei saggi

tanto annosa quanto delicata, qual è quella della c.d. vendita del possesso: tale questione può sintetizzarsi nella domanda se sia valido l’accordo avente per oggetto la vendita del puro e semplice possesso di un bene<sup>104</sup>; e si trat-

<sup>104</sup> In argomento, L. PADULA, *La ‘vendita del possesso’*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 831 ss.; G. GRASSO, *La vendita del possesso, una vendita impossibile?* in *Dir. giur.*, 1998, 291 ss.; ID., *La ‘trasferibilità’ del possesso nei contratti obbligatori*, in *Contratto e impresa*, 2002, 703 ss.; F. ALCARO, *Note in tema di trasferimento del possesso*, in *Vita notar.*, 1999, 487 ss. Alla questione dedica ampio spazio B. TROISI, di recente ne *I possessi*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato* diretto da P. Perlingieri, III, 9, Napoli, 2005, 203 ss., con riferimenti di dottrina e giurisprudenza (inoltre, ID., *Circolazione del possesso e autonomia privata*, Napoli, 2003). Da ultima, in argomento, M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, in *St. iuris*, 2010, 22 ss., ove ulteriore bibliografia. I sostenitori della vendita del possesso che fanno richiamo al diritto romano (così, per esempio, lo stesso Troisi, nei luoghi appena citati, con richiamo a M. LAURIA, *Possessiones’. Età repubblicana*, I, Napoli, 1953, 63 ss., sul punto però non realmente d’ausilio, nonché a B. DUSI, *La successione nel possesso negli atti tra vivi*, in *Scritti giuridici*, II, Torino, 1956, 312), allo scopo di accreditare la loro opinione, cadono però in equivoco nella ricostruzione della struttura dell’*emptio venditio*: il fatto che dal contratto romano non derivasse il passaggio del *dominium*, bensì per il venditore l’obbligo di consegna della cosa nonché di garantire al compratore il pacifico godimento – *id est* il

ta di una domanda cui la prassi notarile, impegnata a dar conto del ‘passaggio’ del possesso dal cedente al cessionario, dà risposte talora imprevedibili (come potrebbe confermare una rapida panoramica sulle formule volta per volta utilizzate in atti).

Nella fattispecie all’esame delle Sezioni Unite, la cessione del possesso era contenuta in una clausola aggiunta al contratto prelimi-

---

possesso – della stessa (per tutti, V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita nel diritto romano*, Napoli, 1956, 128 ss.) non significa affatto che l’*emptio venditio* si risolvesse in un’*emptio possessionis*. La configurazione della responsabilità per evizione in capo al venditore prova già di per sé che non è il possesso a costituire l’oggetto *tout court* del contratto, il quale è in certa misura ‘funzionalizzato’ al passaggio della titolarità del bene, a prescindere poi da una ricostruzione del rapporto tra momento obbligante e momento traslativo che, nell’opinione di taluni studiosi, si fa molto più stretto (in tal senso, con marcate differenze rispetto alla tradizionale impostazione dell’Arangio-Ruiz, G. PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, a cura di L. Vacca, Torino, 1997, 39 ss.). In argomento, mi permetto di rinviare anche a T. DALLA MASSARA, *Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana*, ne *La compravendita e l’interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2007, 279 ss.

rilevanti per le situazioni di appartenenza sono gli accordi TRIPs): si può dire che il quadro generale del nuovo diritto europeo sia quello che deriva dalla nostra più antica cultura giuridica. E non v’è dubbio che questa cultura giuridica sia specchio *in primis* della tradizione romanistica. Le linee fondamentali delle nozioni di proprietà e possesso sono ancora quelle che emergono dal pensiero dei *prudentes*, sottostante quasi come una ‘grammatica’ del comune linguaggio europeo.

Prima o dopo, però, l’armonizzazione del diritto privato europeo non potrà prescindere da quella delle situazioni di appartenenza. E se fin qui si è manifestata una certa prudenza nel disegnare i nuovi profili di ciò che una storia più che bimillenaria ci ha consegnato, tanto che anche il DCFR (di cui ancora non si conosce la futura valenza, ma che oggi appare qualcosa di più di un’esercitazione accademica) appare in linea generale collocato nel solco della tradizione, non si sa cosa il futuro ci riservi. L’impressione è che i modelli antichi della proprietà e del possesso mostrino una notevole capacità di persistenza: proprietà e possesso sono strutture concettuali bene adattabili alle nuove e mutevoli esigenze. Però la fase storica è delicata e lo scenario è quanto mai aperto.

non cedibilità del possesso per via convenzionale: la nostra Suprema Corte è ben ferma su tale impostazione, richiedendo che il possesso, quale *res facti*, debba sempre essere verificato nel caso di specie. *c)* L'esigenza di identificare una relazione fattuale del possessore con la cosa (l'idea antica del *rem tenere*) mostra una certa adattabilità di fronte al fenomeno di smaterializzazione cui si è appena fatto cenno; in specie, per l'intrinseca idoneità dei beni immateriali a essere goduti da una quantità indefinita di persone, il carattere dell'esclusività del rapporto deve intendersi nei termini più labili di effettività e attualità del potere.

A valle di tutto ciò, mi sembra si possano ricavare alcune conclusioni di carattere più generale.

Le strutture concettuali della proprietà e del possesso sono nel complesso incise dal rapido evolversi della cornice economico-sociale, nonché dai mutamenti che la signoria della tecnica ha imposto rispetto alla stessa considerazione di *res*.

Il campo delle situazioni di appartenenza – come si è visto in apertura – appare sostanzialmente non toccato da interventi normativi di derivazione comunitaria (avendo essi finora privilegiato altri ambiti, anzitutto quello dei contratti e delle obbligazioni; anche se non ir-

nare di vendita: e si tenga conto che l'immissione nel possesso per effetto dell'accordo contrattuale potrebbe trovare un appoggio logico in più, rispetto al caso della vendita del possesso puro e semplice, nell'ipotesi del preliminare, in ragione degli effetti 'anticipatori' che esso realizza<sup>105</sup>.

Orbene, già in passato la giurisprudenza aveva assunto una posizione negativa sulla vendita del possesso, la quale trova ora conferma nella sentenza della Cassazione.

In specie, con Cass. 27 settembre 1996, n. 8528, era giudicato nullo l'accordo di cessione del possesso per impossibilità dell'oggetto; ta-

---

<sup>105</sup> Il che era stato in precedenza consentito dalla giurisprudenza: si veda, per esempio, Cass. 22 luglio 2003, n. 11415, in *Notariato*, 2005, 169 ss., ove si ammette «un patto accessorio di immediato effetto traslativo del possesso sostanzialmente anticipatore degli effetti traslativi del diritto che, con la convenzione, le parti stesse si sono ripromesse di realizzare». In precedenza, anche Cass. 13 luglio 1993, n. 7690, in *Rass. dir. civ.*, 1994, 626 ss. Si tratta dell'orientamento che oggi appare cassato dalla decisione della Cassazione a Sezioni Unite del 2008, la quale ha invece fatto propria l'opposta opinione, rappresentata – tra le altre – da Cass. 14 novembre 2006, n. 24290, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 11, 2640 s., nonché da Cass. 28 giugno 2000, n. 8796, in *Riv. notar.*, 2001, 718 ss. Per maggiori indicazioni sui precedenti giurisprudenziali, G. SCALITI, *Il preliminare di vendita*, cit., 1050 s.

le conclusioni veniva ricavata dalla considerazione che il possesso costituisce un'attività, necessariamente accompagnata dall'*animus possidendi*, la quale non è negozialmente trasferibile, salva l'eccezione legale – così rilevava in quel caso la Suprema Corte – dell'art. 1146, comma 1, cod. civ.<sup>106</sup>. Tralasciando, come già prima si è fatto, di portare l'attenzione sull'aspetto dell'*animus possidendi*, si vede che il nocciolo del ragionamento dei giudici è rappresentato dalla constatazione della 'fattualità' della situazione possessoria, da cui è tratto argomento proprio nel senso della sua intrasferibilità.

Il riferimento che in tale sentenza compare all'art. 1146, comma 1, cod. civ., poi, trova spiegazione alla luce di quanto sopra osservato: con la successione nel possesso il nostro codice realizzerebbe il superamento *ope legis* del dato strettamente 'fattuale' nel quale consiste il possesso, e ciò ancorché si sia osservato che con l'art. 1146 cod. civ. la modificazione della condizione *de facto* dipende sempre da quella della situazione di diritto (proprietà o altro diritto reale limitato); né è necessario qui

<sup>106</sup> In *Contratti*, 1997, 468 ss., con nota di A. ABBATE, *Sulla validità del preliminare di vendita del possesso*; anche in *Corriere giur.*, 1997, 162 ss., con nota di P. IAMICELI; inoltre in *Foro it.*, 1997, I, 2604 ss.

certamente vede l'espressione massima della sua intensità nella proprietà tradizionalmente intesa come potere di godere e di disporre in modo pieno ed esclusivo, vanno profilandosi forme di appartenenza di differente – e ancora non univoca – conformazione: si è appena richiamato il caso del diritto sul proprio corpo o del diritto sul bene non vincolato ma di valore culturale. c) Si nota infine una certa capacità di adattamento del modello dominicale al fenomeno di smaterializzazione del bene oggetto del diritto (tale capacità si è saggiata di fronte alle regole contenute negli accordi TRIPs). Tuttavia non v'è dubbio che l'immaterialità dell'oggetto contribuisca a rendere meno nette le linee di demarcazione tra tutele 'reali-restitutorie' e tutele 'risarcitorie'; profili particolari assume poi il processo di smaterializzazione del denaro, da cui discende una diversa configurazione del pagamento stesso.

Con riguardo al possesso: a) persiste l'idea fondamentale incentrata sul potere di fatto sulla cosa (a prescindere qui dall'antico problema della necessità o meno dell'*animus possidendi*): emblematico è, anche in tal caso, quanto emerge dal DCFR. b) La natura 'fattuale' della situazione possessoria induce a concludere, come ha confermato un'indagine sulla recente giurisprudenza italiana, nel senso della

diritto ampio ed esclusivo, come *dominium*, da intendersi anzitutto come espressione di libertà; i limiti di quest'ultima sono oggetto di un'elaborazione casistica che muove dalla considerazione delle specificità del bene oggetto del diritto. *b)* Si assiste al contempo a un fenomeno di erosione della monoliticità del modello dominicale: se la proprietà tradizionalmente intesa come potere di godere e di disporre in modo pieno ed esclusivo rappresenta l'espressione di massima 'intensità' di quel diritto, occorre però tener presente che in molti altri casi la categoria generale dell'appartenenza *pleno iure* impone la necessità di una rimodulazione. A tal riguardo, occorre tener conto proprio delle peculiarità del bene oggetto del diritto: si sono visti prima i casi in cui l'oggetto è rappresentato dal corpo umano (dunque sembra che la *res* sia in grado di definire il *ius*) o da un bene di particolare valore culturale per il luogo in cui si trova (in questo caso è il *locus rei* a dare forma al *ius*). Pare così emergere un sistema piuttosto articolato di situazioni di appartenenza variamente gradate, di difficile categorizzazione. È in atto un fenomeno di rimodulazione 'dall'interno' del contenuto del diritto dominicale tale per cui, ferma restando l'identificazione della categoria generale dell'appartenenza *pleno iure*, la quale

ripetere che la regola sull'*accessio possessionis* (contenuta al comma 2 di quella stessa disposizione) è da intendersi nel senso che sia consentita la somma dei tempi del possesso, non già la trasferibilità di quest'ultimo, comunque inconcepibile.

La medesima conclusione (*id est* la nullità del contratto di vendita del possesso) veniva confermata nello stesso anno da Cass. 12 novembre 1996, n. 9884, però in tal caso facendosi leva specificamente sulla considerazione dell'oggetto del contratto di vendita<sup>107</sup>. Si tratta nella sostanza dell'identico ragionamento basato sull'indisponibilità del possesso inteso come *res facti*, salvo che esso è collocato entro la cornice più ristretta dell'art. 1470 cod. civ. e dunque si ha riguardo agli effetti che la vendita è in grado di produrre. Così, si argomenta nel senso che, se il contratto di vendita è quello che ha per oggetto il trasferimento della proprietà o di altro dritto verso il corrispettivo di un prezzo, ancora una volta osta alla configurabilità della vendita del possesso la circostanza che il possesso non è un diritto.

Una più recente sentenza, Cass. 22 aprile 2005, n. 8502, ha ulteriormente confermato

---

<sup>107</sup> Cfr. in *Corriere giur.*, 1997, 315 ss., con nota di S. PALMIERI.

che il mero potere di fatto sulla cosa non può costituire oggetto di un trasferimento realizzato per via negoziale<sup>108</sup>.

Si può dire che in generale gli argomenti utilizzati dalla giurisprudenza per giungere alla conclusione della nullità della vendita del possesso sono tre. Il primo, assorbente rispetto ai successivi, prende corpo dalla nozione stessa di possesso ricavabile dall'art. 1140 cod. civ.: il possesso, come si è visto, non è una situazione di diritto e pertanto non può essere oggetto di atti di disposizione; il secondo argomento riprende tale idea, però riferendola più nello specifico al contratto di compravendita: quest'ultima è traslativa della proprietà o di altri diritti, dunque non di situazioni di fatto; in base al terzo argomento, non è configurabile il trasferimento del possesso, salvo che nei casi previsti dalla legge, come nell'ipotesi dell'art. 1146 cod. civ. in tema di successione e accessione del possesso: si può aggiungere

<sup>108</sup> Cass. 22 aprile 2005, n. 8502, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 4, 897, muovendo dall'argomentazione – per vero non del tutto perspicua – secondo cui «stante la tipicità dei negozi traslativi reali, l'oggetto del trasferimento non può essere costituito dal trasferimento del mero potere di fatto sulla cosa»: ma, la tipicità imposta dall'ordinamento è quella dei diritti reali, non già dei negozi traslativi dei diritti reali.

quelli aventi ad oggetto cose materiali, sono pur sempre, con elementi distintivi, forme giuridiche di poteri sui beni, in contrapposizione ai diritti di credito»<sup>120</sup>.

Anche di fronte a queste considerazioni, occorre prendere atto della difficoltà di adattamento delle nostre categorie tradizionali al mutare dell'idea stessa di *res*<sup>121</sup>.

#### 14. *Sintesi e conclusioni nella prospettiva del diritto europeo.*

Dalla panoramica sin qui condotta sui due 'modelli generali' di appartenenza, quello dominicale e quello possessorio, mi pare emergano – pur in un quadro certamente non univoco – talune linee che sembrano caratterizzare, almeno a livello di tendenza, il nuovo diritto europeo. Proverò a darne conto in modo alquanto schematico.

Quanto alla proprietà: a) come si è detto guardando in specie al DCFR, si nota la persistenza dell'antica radice della proprietà quale

<sup>120</sup> Così F. ALCARO, *Il possesso*, cit., 159 s.

<sup>121</sup> Cfr. N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, in specie 629, ove si rileva che il carattere dell'esclusività è uno di quelli più duramente messi alla prova nell'era della globalizzazione.

obietta che il potere di fatto su beni di tal genere non può mai dirsi ‘esclusivo’, nel senso di ‘incompatibile’ con l’eguale potere d’altri<sup>118</sup>.

La via d’uscita proposta in dottrina, per la riconduzione a sistema dei problemi posti dal possesso di beni immateriali appare quella segnata dalla valutazione del potere di fatto in termini di pura attività, senza pertanto che risulti decisivo il tradursi di quell’attività in un rapporto di ingerenza fisica (in effetti difficilmente configurabile) sull’oggetto del possesso<sup>119</sup>. In questa prospettiva, si può quindi concludere nel senso che «l’idea possessoria esprime essenzialmente una nota di effettività ed attualità di potere non incompatibile con qualsiasi oggetto che sia annoverabile tra i beni giuridici. Se essi rinviano a ‘qualsiasi entità materiale o ideale giuridicamente rilevante’ e tutelata dalla legge, non può non ammettersi che i diritti sui beni immateriali, così come

---

zione per la mancanza di corporalità dell’oggetto, ma non può neppure avere significato, perché mentre per i beni corporali esso è il mezzo esclusivo per l’esercizio del diritto, qui il bene invece può essere teoricamente goduto da una quantità indefinita di persone contemporaneamente».

<sup>118</sup> Si veda R. SACCO - R. CATERINA, *Il possesso*, cit., 76 ss.

<sup>119</sup> F. ALCARO, *Il possesso*, cit., 35 ss., 154 ss.

che si tratta di un argomento che emerge ‘in controluce’, nel senso che dalla lettura delle previsioni legali si ricava che per regola generale non v’è spazio per la configurabilità di un trasferimento del possesso su base negoziale.

Nonostante ciò, non manca la voce di chi vede con favore la trasferibilità del possesso per effetto dell’accordo tra le parti<sup>109</sup>.

Il punto dal quale muove chi intende asserire quest’idea è rappresentato dalla considerazione – secondo una prospettiva che si propone come ‘dinamica’, in luogo di quella tradizionale, la quale peccherebbe di essere troppo ‘statica’ – del possesso come ‘comportamento’ o ‘attività’<sup>110</sup>. Si afferma così che occorrerebbe abbandonare la contrapposizione tra fatto e diritto (in base alla quale, come si è detto, il possesso è qualificato come situazione puramente fattuale), per riconoscere invece che i vantaggi e le prerogative scaturenti dalla fattispecie possessoria conferiscono al possesso un valore economico diverso e indipendente da quello della cosa stessa, degno nondi-

---

<sup>109</sup> Si veda in specie la ricostruzione proposta con forza da B. TROISI, *I possessi*, cit., 203 ss.

<sup>110</sup> Si tratterebbe pertanto di «iniziativa comportamentistica», per rifarsi alla definizione di A. FALZEA, voce *Comportamento*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 790, nt. 68.

meno di essere preso in considerazione come *res iuris*. E a riprova di ciò si afferma che il possesso è suscettibile di costituire oggetto di tutela extracontrattuale, di essere iscritto a bilancio e di essere ascritto all'attivo del patrimonio ereditario. Tutto questo per concludere nel senso che la vendita del possesso è ammissibile, giacché si tratta di un bene che presenta un proprio valore economico, quindi di un bene patrimoniale e commerciabile<sup>111</sup>. Si osserva inoltre che il contratto di vendita del possesso sarebbe da ritenersi contratto reale, in quanto per il suo perfezionamento occorre il passaggio della cosa<sup>112</sup>.

Si comprende come sia in tal modo proposta una nozione di possesso che sfugge alle categorie '*factum-ius*', sulla cui falsariga si sono svolte pressoché tutte le considerazioni che precedono. Risulterebbe, in altri termini, mes-

<sup>111</sup> Cfr. B. TROISI, *I possessi*, cit., in specie 211 ss. Non giunge ai medesimi esiti, in termini di piena apertura verso la configurabilità della vendita del possesso, ma giudica positivamente la ridiscussione della nozione di possesso, ritenendo inadeguata quella che si basa sulla contrapposizione tra diritto e fatto, F. ALCARO, *Note in tema di trasferimento del possesso*, in *Vita notar.*, 1999, 487 ss., anche in ID., *Il possesso. Artt. 1140-1143*, ne *Il codice civile. Commentario P. Schlesinger* diretto da F. Busnelli, Milano, 2003, 35 ss., 141 ss. e nt. 416.

<sup>112</sup> Ancora B. TROISI, *I possessi*, cit., in specie 227 ss.

sore una qualifica 'socialmente univoca' in tal senso.

La difficoltà di inquadramento dogmatico di situazioni di questo tipo si collega ancora una volta alla necessità di adattamento della nozione di possesso alle specificità del bene.

Ma accanto alla linea di pensiero che ritiene ammissibile il possesso di un bene incorporale ogniqualvolta un soggetto si trovi, rispetto alla possibilità di sfruttamento economico di quel bene, nello stesso rapporto in cui verserebbe se fosse titolare dei relativi diritti<sup>116</sup>, v'è invece chi ritiene che l'incorporeità del bene costituisca nel caso del possesso un ostacolo insuperabile. E così si rileva che il bene immateriale è suscettibile di essere goduto contemporaneamente da una quantità indefinita di persone<sup>117</sup>; ancor più radicalmente, si

<sup>116</sup> Si tratta dell'impostazione di A. MONTEL, voce *Possesso*, cit., 349: «una cosa è certa: che il possesso di un bene immateriale non può, per la stessa peculiarità del suo oggetto, atteggiarsi in ogni suo particolare alla identica guisa del possesso di un bene materiale; ma ciò non toglie che esso sia ipotizzabile ogniqualvolta di fatto alcuno si trovi, rispetto al diritto di utilizzazione, in quella posizione di cui *in iure* è titolare».

<sup>117</sup> F. FERRARA jr., *La teoria giuridica dell'azienda. Natura giuridica dell'azienda, la protezione dell'azienda, la circolazione dell'azienda*<sup>2</sup>, Milano, 1982, 127: «per i beni immateriali il possesso non solo è insuscettibile di applica-

nomica su un bene immateriale: quindi dalla situazione in fatto si ricava «la legittimazione a far valere le prerogative economiche che si compendiano nel diritto d'autore e nei diritti connessi»<sup>114</sup>. A tal proposito, si pone il problema se un possesso di questo genere sia configurabile a prescindere da quello del *corpus mechanicum* nel quale l'opera si sostanzia. La giurisprudenza qualifica legittimo il possesso nella misura in cui esso sia conforme alla situazione di astensione da parte di terzi rispetto alla relazione di possesso<sup>115</sup>. Tenuto conto dell'immaterialità del bene, la nozione di possesso viene quindi rimodellata in un senso assai peculiare. Si esclude, per esempio, la possibilità di un potere di fatto 'rivale' e 'concorrente' rispetto al quale sia imposta l'astensione, sicché la tutela di cui al menzionato art. 167 risulta accordata in presenza di una situazione di apparenza, che attribuisce al posses-

<sup>114</sup> Così P. SPADA, *La proprietà intellettuale*, cit., 440.

<sup>115</sup> In tal senso Trib. Monza 7 luglio 2000, in *Giur. comm.*, 2001, II, 749 ss., con nota di B. DA RIN, *Sul legittimo possesso dei diritti di utilizzazione patrimoniale di opere dell'ingegno*: «i diritti di utilizzazione patrimoniale di opere dell'ingegno, in mancanza di adeguata prova dell'avvenuto trasferimento, possono essere fatti valere giudizialmente solo da chi si ritrovi nel 'legittimo possesso' degli stessi».

so in discussione lo stesso tradizionale modello possessorio.

L'argomentazione che si è riferita è però difficilmente accoglibile. Essa, per la verità, prova troppo: s'intende infatti sostenere non già che un bene, ancorché immateriale, rappresenti un possibile oggetto di atti di disposizione, bensì che un comportamento, qual è quello tenuto da chi possiede, sia assimilabile a un bene. Per intendersi, si va assai oltre gli sforzi profusi da dottrina e giurisprudenza per affermare la tutelabilità e la cedibilità del *know-how*: la tesi che vuole la commerciabilità del possesso (per il fatto che esso presenta un valore economico) apre la strada alla rappresentabilità nei medesimi termini – ossia di bene patrimoniale e commerciabile – di una varietà pressoché infinita e incontrollabile di comportamenti.

Inoltre, per restare al caso del possesso, si dovrebbe allora arrivare al punto di immaginare la vendita del possesso *ad usucapionem*, con riguardo al valore assunto dal comportamento del possessore in ragione del tempo trascorso fino al momento della 'cessione'. Per esempio, Tizio potrebbe vendere a Caio il possesso di un bene poco prima del maturarsi del tempo dell'usucapione, consentendogli così di 'avvicinarsi' all'acquisto della proprietà,

secondo un meccanismo simile a quello dell'accessione del possesso, però – per le ipotesi che si sono assunte – ovviamente a prescindere da ogni parallelismo con l'atto di cessione a titolo particolare del diritto dominicale (o di altro diritto reale)<sup>113</sup>. In effetti, se davvero s'intenda il possesso alla stregua di un qualsivoglia bene che presenta un autonomo valore economico, non si vede perché ciò dovrebbe essere impedito: ma sia consentito soggiungere che, con effetti meno dirampanti per il sistema, si potrebbe immaginare di giungere al medesimo risultato ipotizzando, anziché una 'cessione' del bene-possesso, una semplice rinuncia del possessore-'cedente' alle tutele spettanti nei confronti di colui che incominci a possedere.

<sup>113</sup> Si veda Cass. 22 aprile 2005, n. 8502, cit., nella quale si rileva, nell'ottica dell'art. 1146, comma 2, cod. civ., che «affinché operi il trapasso del possesso dall'uno all'altro dei successivi possessori e il successore a titolo particolare possa unire al proprio il possesso del dante causa è necessario che il trasferimento trovi la propria giustificazione in un titolo astrattamente idoneo a trasferire la proprietà o altro diritto reale sul bene», con richiamo alle precedenti Cass. 12 settembre 2000, n. 12043; Cass. 3 luglio 1998, n. 6489; Cass. 12 novembre 1996, n. 9884. In perfetta corrispondenza il pensiero di R. SACCO - R. CATERINA, *Il possesso*, cit., 215 ss.

Mi pare dunque che in definitiva rimanga da preferirsi l'impostazione tradizionale, secondo cui il possesso è rappresentabile come pura situazione di fatto, da verificarsi volta per volta e non assimilabile a un qualsivoglia bene commerciabile.

13. *La smaterializzazione del bene oggetto del possesso.*

Ciò che si è osservato in precedenza con riferimento alla smaterializzazione del bene oggetto della proprietà potrebbe essere in buona misura ripetuto ora, trattando del possesso. In effetti la linea di tendenza, nel senso di una ridefinizione delle situazioni di appartenenza in ragione della smaterializzazione del bene protetto, è la medesima; e così si assiste all'adattamento delle strutture possessorie per la tutela delle opere dell'ingegno, delle invenzioni industriali, dei segni distintivi dell'azienda, come pure dei *software*, delle banche dati e del *know-how*.

Per guardare, a titolo d'esempio, a talune fattispecie disciplinate dalla legge, si può citare l'art. 167 della l. 22 aprile 1941, n. 633, sul diritto d'autore, che prevede la tutela del possesso legittimo dei diritti di utilizzazione eco-