

■ Studi Civilistici

Studio n. 859-2008/C

Usucapio libertatis e retroattività degli effetti dell'usucapione

(Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 4 marzo 2009)

Sommario: 1. Inquadramento del problema e sua rilevanza "notarile". 2. Rilevanza dell'*usucapio libertatis* e della retroattività dell'usucapione sull'attività del notaio 3. Beni mobili e beni immobili. La diversa disciplina normativa. *Ratio* giustificatrice 4. L'*usucapio libertatis* come pretesa frattura di qualunque relazione tra usucapito ed usucapiente. 5. *Usucapio libertatis* e posizioni giuridiche soggettive altrui. 6. Decorrenza degli effetti dell'usucapione 7. I diritti di garanzia e vincoli derivanti dal pignoramento. 8. Conclusioni e considerazioni riassuntive

1. Inquadramento del problema e sua rilevanza "notarile"

Nessun riferimento normativo espresso, almeno per i beni immobili, troviamo nel nostro codice relativamente alla cd. "*usucapio libertatis*". Tale locuzione è descrittiva di un presunto effetto estintivo di diritti gravanti su un bene immobile, quale conseguenza derivante dal possesso continuato dello stesso da parte di un determinato soggetto.

Al di là dell'imprecisione della espressione "*usucapio libertatis*", che sembrerebbe riferirsi ad un impossibile "possesso della libertà" di un bene da diritti altrui, la fattispecie merita particolare attenzione perché essa, così come la prescrizione e l'usucapione, tende ad appagare quelle esigenze di certezza e sicurezza nella circolazione dei beni giuridici e di tutela delle aspettative di coloro che fanno affidamento su situazioni di fatto qualificate dal protrarsi nel tempo.

Giova ricordare, che l'usucapione e la prescrizione, cui è riconducibile per di un aspetto l'"*usucapio libertatis*", sebbene si distinguano nettamente nella loro funzione giuridica e nei loro presupposti ed effetti, erano accomunate sotto il previgente codice del 1865, nella terminologia identificativa; invero, era disciplinata, in modo unitario, la prescrizione, nella duplice forma, acquisitiva ed estintiva definita dall'art. 2015: "*un mezzo con cui, col decorso del tempo e sotto condizione determinate, taluno acquista od è liberato da un'obbligazione*" ⁽¹⁾. Ciò era coerente alla

tradizione romanistica postclassica che aveva unificato i due istituti della *usucapio* e della *longi temporis prescriptio* in una figura bipolare (prescrizione acquisitiva e prescrizione estintiva) sottolineando la centralità del decorso del tempo come fondamento di entrambi gli istituti ⁽²⁾.

Il codice del 1942, tornando alla tradizione romanistica classica, ha invece disciplinato in modo separato i due fenomeni, limitandosi a dettare regole comuni esclusivamente riguardo alle cause sospensive ed interruttrive del decorso del tempo e relativamente al computo dei termini (art. 1165).

Peraltro, la locuzione utilizzata per descrivere questo presunto effetto estintivo delle pretese altrui, richiama impropriamente l'istituto romanistico dell'*usucapio libertatis* il quale, storicamente, non si riferiva ad un acquisto di un bene libero da vincoli e diritti di terzi, ma si riferiva all'effetto estintivo delle servitù urbane che, a differenza delle servitù rustiche, richiedeva al fine del suo perfezionamento, oltre al non uso per un certo periodo di tempo, anche uno stato di fatto del fondo servente incompatibile con la servitù stessa ⁽³⁾.

In assenza di una disciplina positiva dell'*usucapio libertatis*, gli interrogativi nascono dalla constatazione che, in linea astratta, non sembra sussistere una incompatibilità logica tra l'usucapione di un bene e la permanenza o la mancata permanenza sul medesimo bene di pretese altrui.

L'analisi deve essere condotta verificando se l'effetto liberatorio, tipico della figura in esame, debba necessariamente derivare da una scelta normativa espressa del Legislatore ovvero se il silenzio del Legislatore sul punto, costituisca una lacuna normativa da colmare, eventualmente applicando, in via analogica, principi ricavabili da altre norme.

Va evidenziato che l'acquisizione del bene libero da pretese altrui, quale effetto dell'*usucapio libertatis*, troverebbe la sua giustificazione non nel mancato esercizio o nel non uso del diritto da parte del terzo e, quindi, in una sorta di "penalizzazione sociale" del terzo per non aver esercitato per un certo periodo di tempo il proprio diritto, ma nell'incompatibilità della pretesa del terzo con la nuova posizione giuridica soggettiva che nasce dall'usucapione. Cosicché, riconoscendo valore giuridico all'*usucapio libertatis*, si avrebbero due effetti: uno acquisitivo legato al possesso protrattosi nel tempo (usucapione) ed un altro estintivo, per incompatibilità della pretesa del terzo con il diritto acquistato a titolo originario; estinzione, tuttavia, non riconducibile alla prescrizione, ma ad una potenziata affermazione del diritto acquistato a titolo originario dall'usucapiente.

Il ragionevole bilanciamento delle opposte esigenze di tutela delle pretese di colui che acquista un bene a titolo originario e dei terzi che sul medesimo bene vantano diritti reali parziari, in base a legittimi titoli, rappresenta il nodo critico da sciogliere per dare soluzione agli interrogativi posti.

Peraltro, alla necessità di comporre potenziali conflitti tra soggetto usucapente e terzi che vantano diritti sul bene immobile, si aggiunge la necessità di comporre eventuali conflitti d'interessi tra terzi che vantano diritti sul bene immobile in base a titoli derivativi perfezionati, *medio tempore*, rispettivamente dal soggetto usucapito e dal soggetto usucapiente. Si pensi, ad esempio ad un diritto di usufrutto costituito, *medio tempore*, da Tizio, legittimo proprietario del bene, a favore di Caio e da Sempronio, mero possessore del bene non ancora usucapito, a favore di Mevio. Ci si domanda se, una volta perfezionato l'usucapione prevalga il diritto di Caio o di Sempronio.

Quest'ultima fattispecie, a ben vedere, fa emergere la generale questione della presunta retroattività degli effetti dell'usucapione; ci si interroga se, in mancanza di una norma giuridica espressa, gli effetti dell'acquisto a titolo di usucapione decorrano dall'inizio del possesso o dal momento in cui si perfeziona l'usucapione.

Va osservato che sebbene la retroattività dell'usucapione è questione concettualmente distinta da quella relativa all'ammissibilità dell'*usucapio libertatis*, i due fenomeni sono in grado di sovrapporsi, posto che se si ammettesse la retroattività degli effetti dell'usucapione, la quasi totalità delle problematiche legate all'*usucapio libertatis* si ridurrebbe a mero esercizio teorico ⁽⁴⁾; invero, in forza di una retroattività reale verrebbero meno, per causa sopravvenuta, tutti gli atti posti in essere dal proprietario usucapito durante il tempo in cui si è protratto il possesso utile all'usucapione e con gli atti anche i relativi diritti dei terzi. Resterebbero opponibili al nuovo proprietario usucapiente i soli diritti dei terzi che possono, a loro volta, invocare un titolo originario di acquisto, ed i diritti costituiti dal dante causa (immediato o mediato) ⁽⁵⁾ nonché i vincoli sui beni imposti non per volontà del proprietario usucapito ma per legge o con provvedimento della pubblica amministrazione, nella misura in cui gli stessi costituiscono una limitazione alla proprietà privata a prescindere da chi sia il proprietario e a quale titolo abbia acquistato la proprietà.

Sulle questioni, esposte, la giurisprudenza della Suprema Corte ⁽⁶⁾ mentre sembra orientata ad escludere l'ammissibilità dell'*usucapio libertatis* nel nostro ordinamento è, invece, almeno nel suo più recente indirizzo propensa ad ammettere l'effetto retroattivo dell'acquisto a titolo di usucapione ⁽⁷⁾.

La dottrina su entrambe le questioni è, invece, divisa, riscontrandosi argomenti ed autorevoli studi sia da parte di chi ritiene di dare risposta positiva agli interrogativi posti e sia da parte di chi ritiene inammissibile sia la retroattività dell'usucapione e sia l'*usucapio libertatis* ⁽⁸⁾.

Da un diverso angolo prospettico, si è anche tentato di dare risposte modulate, giustificando la permanenza delle servitù, anche in caso di usucapione, quali diritti aventi caratteristiche più solidaristiche, rispetto alla sorte dell'usufrutto e diritti

affini, aventi con caratteristiche più individualistiche e destinati a soccombere rispetto all'usucapiente. ⁽⁹⁾

A soluzioni, ancor più articolate, si giunge, infine, riguardo ai diritti di garanzia, ritenuti da alcuni indifferenti agli acquisti a titolo di usucapione e da altri, al contrario, soggetti ad estinzione in caso di acquisto a titolo originario ⁽¹⁰⁾.

2. Rilevanza dell'usucapio libertatis e della retroattività dell'usucapione sull'attività del notaio

La soluzione dei problemi esposti, incidendo sul contenuto del diritto acquistato a titolo originario e sull'esistenza di pretese dei terzi sul bene stesso si riflette, altresì, nel caso debbano esser compiuti atti di disposizione sul bene, sulla garanzia per evizione che l'alienante deve prestare e sull'aspettativa dell'acquirente di ricevere un bene libero da diritti e pretese altrui, condizionando, dunque, l'operato del notaio quale professionista incaricato, nell'espletamento della prestazione professionale di accertare in senso lato "la libertà del bene da formalità pregiudizievoli" e di far realizzare alle parti l'interesse pratico perseguito.

Ove si ammettesse la retroattività degli effetti dell'usucapione, così come ritenuto dalla più recente sentenza della Suprema Corte ⁽¹¹⁾ ovvero la cittadinanza, nel nostro ordinamento dell'*usucapio libertatis*, l'indagine del notaio non potrebbe che fermarsi al momento in cui la proprietà (o il diritto reale parziario) è stato acquistato a titolo di usucapione, disinteressandosi, quindi dell'esistenza di eventuali diritti, oneri, vincoli che traggono la loro origine da atti posti in essere dal precedente proprietario del bene; in caso contrario, il notaio dovrebbe indagare anche su chi sia stato proprietario nell'epoca che ha preceduto il perfezionamento dell'usucapione e verificare se sono stati compiuti atti di disposizione a favore di terzi o se sussistano, comunque, pretese di terzi.

Come meglio si dirà più avanti, poco importa se sia stata trascritta o meno la sentenza di accertamento dell'usucapione, trattandosi di trascrizione non utile ai fini della continuità delle trascrizioni di cui all'art. 2650 c.c. ed avente effetto di mera pubblicità notizia, non destinata a risolvere eventuali conflitti tra più aventi diritto sul medesimo bene ⁽¹²⁾.

3. Beni mobili e beni immobili. La diversa disciplina normativa. Ratio giustificatrice

Va, a questo punto, precisato che la questione relativa all'ammissibilità dell'*usucapio libertatis* si pone, sostanzialmente, per i soli beni immobili. Invero, per i beni mobili, il Legislatore ha espressamente previsto nell'art. 1153, comma 2° c.c., quale effetto dell'acquisto *a non domino*, mediante consegna della cosa e titolo ido-

neo al trasferimento, che la proprietà si acquista libera da diritti altrui sulla cosa, se questi non risultano dal titolo e vi è buona fede dell'acquirente.

Pertanto, per i beni mobili, il Legislatore, si è posto il problema del possibile conflitto tra acquirente in buona fede e terzi, dando la prevalenza alla posizione giuridica soggettiva dell'acquirente in presenza di determinati presupposti (la buona fede dell'acquirente, la consegna del bene, un titolo astrattamente idoneo, la non risultanza nel titolo di acquisto dei diritti dei terzi). Non si è ritenuto, quindi, che il mero possesso protratto per un determinato periodo di tempo sia elemento sufficiente a comporre il conflitto tra le opposte pretese del proprietario e del terzo, ma si è inteso tutelare la posizione dell'acquirente nei solo caso in cui, in base a determinati ulteriori elementi, la stessa fosse meritevole di tutela.

Il diverso modo in cui è regolata la circolazione dei beni mobili e il diverso grado di affidabilità che il possesso di un bene mobile è idoneo a fondare nei terzi, rispetto ai beni immobili, sono i motivi che verosimilmente hanno giustificato l'espressa previsione normativa che, giova precisare, riguarda non un effetto liberatorio che consegue all'usucapione del bene mobile - disciplinato dall'art. 1161 c.c. -, ma un effetto liberatorio che discende dalla opportunità di conciliare e bilanciare, nella circolazione dei beni mobili, le opposte esigenze di celerità e sicurezza nelle contrattazioni e l'affidamento che il possesso di beni mobili può ingenerare nei terzi in buona fede.

Invero, nella fattispecie disciplinata dall'art. 1153 comma 2, c.c., il Legislatore risolve il conflitto tra terzo che vanta diritti su un bene mobile e terzo acquirente in buona fede (in base a titolo astrattamente idoneo), a favore di quest'ultimo, nel presupposto che questi abbia ricevuto il possesso del bene, ma non per il fatto che abbia anche posseduto il bene stesso per un certo periodo di tempo. E' evidente che nella fattispecie regolata dall'art. 1153, comma 2° c.c. il valore da tutelare è l'affidamento e, quindi la sicurezza, nella circolazione dei beni mobili e non l'aspettativa di colui che per un certo periodo di tempo ha posseduto un determinato bene.

Ciò peraltro non esclude che le medesime esigenze non sussistano anche nella *ratio* giustificatrice dell'usucapione che trova le sue radici sia nella tutela delle relazioni soggettive di fatto su un determinato bene che, se protratte per un periodo di tempo sufficientemente lungo, si ritiene siano meritevoli di riconoscimento giuridico e sia nella sicurezza della circolazione giuridica, risolvendo il problema della cd. *probatio diabolica* ⁽¹³⁾.

Dunque, una duplice *ratio* giustificatrice dell'usucapione: una prevalentemente proiettata verso la tutela dell'affidamento dei terzi, in funzione della certezza che deve sorreggere la circolazione dei beni, ed un'altra diretta prevalentemente a tutelare il singolo che si è posto, stabilmente, in una relazione qualificata con un deter-

minato bene, mirando a preservare la pace sociale attraverso una limitazione delle occasioni di lite ⁽¹⁴⁾ .

Sono questi stessi motivi che, sotto altro aspetto, consentono di invocare l'usucapione anche a chi è provvisto di un titolo di acquisto volontario di tipo derivativo, quale mezzo più agevole di tutela delle proprie posizioni giuridiche soggettive ⁽¹⁵⁾ . Si è, in modo descrittivo, affermato in proposito che l'usucapione determina una fattispecie ambivalente, perché essa, oltre a costituire, può conservare un diritto già esistente in capo al medesimo soggetto. In modo efficace si è, pertanto, catalogata l'usucapione "tra i fatti con efficacia preclusiva" ⁽¹⁶⁾ al pari della transazione o del giudicato, "che rendono inutile ogni indagine circa l'esistenza ed il modo di essere di fatti ancor più remoti" ⁽¹⁷⁾ .

Pertanto, l'usucapione, come modo di acquisto della proprietà, sebbene possa perfezionarsi sulla base di presupposti diversi, relativi alla durata del tempo necessario, allo stato soggettivo dell'usucapiente ed all'esistenza o meno di un titolo astrattamente idoneo e, quindi avere genesi diverse, ha, relativamente agli effetti che nascono dopo il perfezionamento della fattispecie, unicità di disciplina, cosicché non è dato all'interprete distinguere la posizione giuridica di colui che ha acquistato in base all'usucapione abbreviata rispetto a colui che ha acquistato in base all'usucapione ordinaria ventennale.

Le due fattispecie saranno dotate di presupposti diversi per il loro perfezionamento, ma nel momento in cui esse si perfezionano, non potranno essere distinte, le une dalle altre, allo scopo di attribuire maggiori o minori effetti ad una rispetto all'altra.

Ciò non è aspetto trascurabile, nell'esame delle problematiche relative all'*usucapio libertatis*, tenuto conto che autorevole dottrina ⁽¹⁸⁾ ritenne, in passato, doversi distinguere la posizione di colui che acquista *a non domino* rispetto a colui che acquista *a domino*, concludendo che solo per il primo sussistevano giustificati motivi per ritenere applicabile l'*usucapio libertatis*.

Ad onor del vero, il suddetto Autore, ritenendo fondate le critiche mossegli ⁽¹⁹⁾ , rettificò questo primo orientamento concordando, con la dottrina di gran lunga prevalente che, trascorso il tempo necessario all'usucapione, "nulla impedisce all'acquirente di richiamarsi a questa piuttosto che al precedente trasferimento, essendo divenuto irrilevante che l'originario dante causa fosse o no vero proprietario".

4. L'*usucapio libertatis* come pretesa frattura di qualunque relazione tra usucapito ed usucapiente.

La questione, peraltro, si intreccia con l'ulteriore aspetto relativo ai rapporti tra la situazione giuridica soggettiva dell'usucapito e la nuova situazione giuridica

dell'usucapiente e, più precisamente, se l'acquisto a titolo di usucapione sia da considerare originario, derivativo ovvero un *tertium genus* con peculiarità proprie da collocarlo su un piano intermedio tra le due categorie.

Si è osservato, che l'acquisto a titolo di usucapione può qualificarsi originario per spiegare l'acquisto della proprietà e derivativo per spiegare la persistenza dei diritti limitati ⁽²⁰⁾. In realtà, non c'è traccia nella disciplina positiva, di norme che consentano di affermare la natura derivativa del diritto acquistato dall'usucapiente e, di conseguenza, una relazione necessitata tra la proprietà dell'usucapiente e quella dell'usucapito. Il diritto dell'usucapiente nasce *ex novo* per la concorrenza dei presupposti qualificanti la fattispecie: possesso, decorso del termine e, per l'usucapione decennale, la buona fede ed il titolo astrattamente idoneo. Nessuno di questi presupposti può essere posto in relazione con il diritto del soggetto usucapito: tutti hanno una loro autonomia.

Tuttavia, va riconosciuto il merito, a detta teoria, di aver evidenziato la peculiarità dell'acquisto a titolo di usucapione che, avendo quale effetto principale il riconoscimento giuridico di una nuova signoria da parte di un soggetto su un bene, può entrare in conflitto non solo con l'analoga pretesa del soggetto usucapito, ma anche con eventuali pretese minori di soggetti terzi i cui diritti si esercitano sul bene oggetto di usucapione ⁽²¹⁾.

Come è stato correttamente osservato ⁽²²⁾, l'acquisto a titolo di usucapione mette in crisi la corrente distinzione tra acquisti a titolo derivativo ed acquisti a titolo originario, quali categorie esclusive, messe a disposizione dall'ordinamento, per distinguere i casi in cui il diritto del nuovo titolare resta definito attraverso la sua relazione con il diritto del precedente titolare, dai casi in cui ciò non appare possibile.

La soluzione dei casi dubbi, come quello relativo alla sorte dei diritti reali parziali ovvero di altre pretese sul bene usucapito, non può giovare di classificazioni astratte da assumere quali dogmi del sistema, sottraendo l'interprete ad un'analisi sistematica che faccia emergere i contrapposti interessi in gioco e privilegiando quelli che in un determinato momento storico appaiono più rispondenti ai valori costituzionali.

Questa premessa metodologica è di aiuto per prendere una corretta posizione nella soluzione del tema oggetto del presente studio. Invero, il Legislatore del 1942, nel precisare gli effetti dell'usucapione dei beni immobili si è limitato a disporre - nell'art. 1158 c.c. -, che *la proprietà dei beni immobili e gli altri diritti reali di godimento sui beni medesimi si acquistano in virtù del possesso continuato per venti anni*, nulla prescrivendo in ordine alla sorte dei concorrenti diritti reali terziari e di garanzia sul bene stesso, lasciando, quindi all'interprete la soluzione dei conflitti d'interessi che possono nascere tra usucapiente e terzi.

L'assenza di qualunque disposizione sul punto non è ascrivibile ad un disinteresse del Legislatore sul tema; invero, la problematica relativa all'*usucapio libertatis* fu espressamente affrontata dai compilatori del codice e nella Relazione al progetto del codice civile, sebbene affermando, come principio pacifico e non controverso del nostro ordinamento, che la proprietà dei beni, sia mobili che immobili, in caso di usucapione, si acquistasse gravata dai diritti reali esistenti sulla cosa stessa ⁽²³⁾. Si legge, infatti, nella Relazione Segré al progetto del Codice "Come è noto, secondo l'attuale sistema, a differenza di quello germanico (§ 945 c.c. germ. per le cose mobili), i diritti vengono acquistati cum omni causa, con tutti gli oneri reali che vi incombono, quand'anche il prescrivente ne ignorasse l'esistenza".

Ad onor del vero, anche vigente il codice del 1865, la questione era fortemente controversa ed oggetto di vivace dibattito dottrinale. La scelta di non dare espressa soluzione al problema fu, verosimilmente, condizionata da un autorevole presa di posizione sul tema ⁽²⁴⁾, a ridosso dell'emanazione del nuovo codice, che contestando l'inammissibilità dell'*usucapio libertatis* sulla base di meri assunti dogmatici ⁽²⁵⁾, rendeva di fatto il dibattito sul tema aperto e non ancora maturo per una soluzione definitiva.

Secondo questa autorevole dottrina ⁽²⁶⁾, l'indagine sull'ammissibilità o meno dell'*usucapio libertatis* non poteva essere effettuata considerando come presupposto imprescindibile della fattispecie la situazione giuridica soggettiva del precedente proprietario, trascurando, così, di prendere atto che l'usucapione è un modo di acquisto a titolo originario e non derivativo. Se è vero che il fondamento dell'usucapione è il possesso, la verifica da effettuare, al fine di qualificare la nuova posizione giuridica soggettiva dell'usucapiente nei confronti di eventuali terzi che avanzano pretese sul bene, non può trascurare di analizzare il modo in cui è esercitato il possesso. Così come le limitazioni al diritto di proprietà non possono derivare se non da un legittimo diritto reale altrui sulla cosa, così pure le limitazioni al possesso, a titolo di proprietà, non possono che derivare dal possesso altrui conforme all'esercizio di un diritto reale sulla stessa cosa ⁽²⁷⁾.

Partendo, dunque, da queste posizioni che hanno fatto da cornice alla disciplina dell'usucapione nel nuovo codice, la dottrina che si è interessata al problema si è sostanzialmente schierata, da una parte, in modo favorevole all'applicazione dell'*usucapio libertatis*, invocando un'applicazione analogica della disposizione contenuta nel più volte citato art. 1153, comma 2°, per i beni mobili e, da altra parte ⁽²⁸⁾, in senso contrario, sostenendo l'eccezionalità della suddetta disposizione rispetto ad un principio generale di intangibilità di diritti altrui, se non nei casi espressamente previsti dalla legge.

Da parte di chi ritiene inammissibile l'*usucapio libertatis*, si afferma che il

principio della liberazione dai pesi, in conseguenza dell'usucapione della proprietà, non è principio da considerarsi connaturale all'usucapione nel silenzio della legge; *"è chiaro come in difetto di esplicita determinazione legislativa, l'usucapione possa condurre ad acquistare la proprietà di una cosa, ma non anche la libertà di questa dai diritti o pesi che la gravano (29)"*.

Così come il Legislatore per gli acquisti dei beni mobili ha espressamente descritto tutti gli elementi della fattispecie che facevano da presupposto per l'estinzione dei diritti parziali sul bene mobile acquistato in forza dell'art. 1153 c.c., allo stesso modo avrebbe dovuto fare per i beni immobili, laddove avesse voluto introdurre questa fattispecie estintiva dei diritti all'interno del nostro ordinamento (30).

In buona sostanza, secondo questa teoria, non ci sono ragioni decisive perché un Legislatore non possa disporre che i diritti parziali si estinguano per una fattispecie diversa dal non uso, quando ci si trovi in presenza di un possessore, con titolo e buona fede, il quale abbia posseduto l'immobile. Si tratta solo di creare un'apposita fattispecie, diversa da quella del non uso, e di attribuire ad essa un effetto che consenta di far acquistare al possessore una proprietà libera da diritti altrui (31).

La tesi è autorevolmente ed in modo convincente contestata da chi (32) non ritiene che il silenzio del Legislatore sul punto possa essere interpretato come implicita volontà di negare gli effetti dell'*usucapio libertatis*.

Invero, tenuto conto che il problema, come abbiamo già accennato, era ampiamente dibattuto in dottrina ed in giurisprudenza, è più ragionevole ritenere che la scelta codicistica di non regolamentare l'istituto sia stata dettata dalla volontà di lasciare all'interprete la soluzione del problema, lasciandogli la scelta del criterio da applicare tenendo presente che *"tra varie interpretazioni semanticamente e logicamente possibili la scelta deve cadere su quella, il cui risultato pratico meglio soddisfa le esigenze economico-politico-sociali preminenti nel momento storico dato"* (33). Ed è conforme ai principi del nostro ordinamento ritenere che se una proprietà è acquistata a titolo originario e, quindi, per definizione, non è collegabile alla posizione giuridica soggettiva del precedente proprietario, essa tendenzialmente deve ritenersi "piena", salvo le limitazioni o i pesi derivanti da diritti di terzi che l'usucapiente deve rispettare, non perché ripetono il loro titolo dal precedente dante causa, ma in quanto, secondo i principi e le caratteristiche dell'acquisto originario, possono ritenersi opponibili a chi è divenuto proprietario.

D'altronde, se è vero che i diritti reali parziali possono estinguersi, oltre che per non uso ventennale, anche per l'incompatibilità tra la posizione giuridica soggettiva di colui che ha acquistato lo *jus in re aliena*, in base ad usucapione ed il pre-

cedente titolare del medesimo diritto reale parziario, a maggior ragione sarà possibile, ove ne ricorrano i presupposti, che l'usucapione della proprietà faccia venir meno i diritti reali minori incompatibili con la nuova situazione giuridica originata dall'usucapione. In buona sostanza, se è pacifico che all'usufruttuario che non ha esercitato atti interruttivi del possesso altrui è preferito l'usufruttuario che ha usucapito, appare altrettanto logico ritenere che il diritto dell'usufruttuario ceda anche nei confronti di chi ha usucapito la proprietà esercitando il possesso in modo incompatibile con il diritto dell'usufruttuario stesso ⁽³⁴⁾.

All'interno dell'assunta identità degli effetti prodotti dall'usucapione ventennale e decennale, va sottolineato che, in caso di usucapione decennale, elemento essenziale della fattispecie è il contenuto del titolo di acquisto, cosicché l'estensione del diritto acquistato sarà condizionata non solo dal possesso e dalla buona fede ma anche dal contenuto del titolo sul quale si fonda l'usucapione abbreviata stessa.

Come meglio si dirà in seguito, l'indagine diretta a verificare la persistenza o meno dei diritti dei terzi sul bene non dovrà limitarsi ad accertare la pregressa situazione giuridica esistente sul bene, ma dovrà investire il modo in cui è stato esercitato il possesso utile a convertire la situazione di fatto in posizione soggettiva giuridicamente tutelata ⁽³⁵⁾.

Sotto quest'ultimo angolo prospettico, l'analisi sull'ammissibilità o meno dell'*usucapio libertatis*, non può trascurare di puntualizzare i rapporti tra il diritto di proprietà ed i diritti reali parziari e sciogliere l'ulteriore dubbio se i diritti reali parziari siano un insieme di facoltà e poteri sottratti al diritto di proprietà ovvero se le posizioni giuridiche soggettive del proprietario e del titolare dei diritti reali parziari siano autonome l'una rispetto all'altra, ciascuna con un suo contenuto tipico, sebbene l'esistenza di un diritto reale parziario inibisca l'esercizio, da parte del proprietario, di quei poteri e facoltà incompatibili con i medesimi poteri e facoltà del titolare dello *jus in re aliena*.

Argomenti di natura sistematica, sviluppati da autorevole dottrina ⁽³⁶⁾, rendono preferibile ritenere che, sul piano del diritto positivo, il diritto di proprietà e i diritti reali parziari siano, riguardo al contenuto, entità del tutto distinte, cosicché non risulta decisiva un'indagine di tipo quantitativo su cosa si sia posseduto ai fini di delimitare qualitativamente gli effetti dell'usucapione: invero se l'usucapiente ha posseduto a titolo di proprietà non c'è dubbio che ha usucapito tutte le facoltà e poteri che competono a chi è proprietario di un bene, fermo restando che resta da indagare se assumono rilevanza e tutela eventuali diritti concorrenti dei terzi sul bene stesso.

D'altronde, un'indagine diretta a scomporre i poteri e facoltà spettanti al pieno proprietario, allo scopo di ripartire gli stessi tra nudo proprietario e titolare del diritto reale parziario, per verificare in danno di quale soggetto è stato esercitato il pos-

sesso che ha consentito l'usucapione, presupporrebbe un legame ed una continuità di tipo derivativo, tra usucapente ed usucapito che, come già accennato, non sembra trovare supporto normativo nella disciplina codicistica.

Invero, la posizione giuridica soggettiva che nasce dall'usucapione ha una sua autonomia rispetto al precedente dominio ed eventuali limiti al contenuto del diritto usucapito non possono che trovare il loro fondamento nella legge ovvero in una legittima e ragionevole tutela dei diritti dei terzi.

5. Usucapio libertatis e posizioni giuridiche soggettive altrui.

Ciò che, invece, è concettualmente ammissibile e merita approfondimento sul piano delle conseguenze giuridiche, è la diversità delle modalità in cui si concretizza l'esercizio del possesso dell'usucapiente in relazione alle altrui pretese giuridiche. Invero, è astrattamente possibile che, di fatto, possono manifestarsi più situazioni:

- un esercizio del possesso incompatibile con eventuali pretese altrui;
- un esercizio del possesso compatibile con eventuali pretese altrui;
- un esercizio del possesso che sia indifferente rispetto alle eventuali pretese altrui.

Nella prima ipotesi, un esercizio del possesso, incompatibile con altrui pretese, che si sia protratto per venti anni, supera di fatto ogni ostacolo ad una soluzione positiva degli interrogativi posti. La proprietà acquistata a titolo di usucapione non troverà impedimenti in diritti reali parziari spettanti a terzi soggetti, perché, verosimilmente, questi ultimi si estingueranno per non uso ventennale. La fattispecie, sul piano degli effetti finali, è agevolata dalla coincidenza tra il termine ventennale dell'usucapione ed il termine di prescrizione per non uso dei diritti reali minori ⁽³⁷⁾.

Maggiori difficoltà sorgono invece nel caso in cui si sia maturato il termine per l'usucapione abbreviata, in presenza naturalmente degli altri presupposti previsti dall'art. 1159 c.c. (titolo astrattamente idoneo e buona fede dell'acquirente) e ciò sia in caso di acquisto *a non domino* e sia in caso di acquisto *a domino* (il proprietario, come si è detto, può far valere, in sostituzione al legittimo titolo di acquisto derivativo, l'acquisto a titolo di usucapione).

Questa è sicuramente la fattispecie, soggetta a maggior criticità nella soluzione del problema relativo all'ammissibilità dell'*usucapio libertatis*.

Invero, in questo caso, l'estinzione per non uso del diritto reale parziario non è invocabile, in quanto il decorso del termine decennale non è sufficiente a far maturare la prescrizione del diritto e, quindi, l'estinzione delle pretese altrui può essere collegata esclusivamente all'*usucapio libertatis* ovvero alla pretesa retroattività dell'usucapione.

E' preferibile ritenere che la sussistenza della buona fede e l'esercizio del pos-

Formattati: Elenchi puntati e numerati

nesso da parte dell'usucapiente, secondo modalità incompatibili con eventuali pretese concorrenti di terzi sul bene, siano elementi idonei a consolidare il contenuto del diritto acquistato dal proprietario usucapiente anche in danno ad eventuali pretese di terzi, secondo il principio "*tantum praescriptum quantum possessum*"; cosicché per qualificare il contenuto del diritto acquistato a titolo originario dovrà essere preso in considerazione, non il contenuto del diritto del precedente proprietario, ma esclusivamente le modalità in cui si è manifestato l'esercizio del possesso sul bene da parte dell'usucapiente ⁽³⁸⁾. D'altronde, nella fattispecie prospettata, il terzo, per evitare l'estinzione del suo diritto, potrebbe compiere atti di esercizio del suo diritto che di fatto impedirebbero l'usucapione di una proprietà piena.

La seconda ipotesi, al contrario, presuppone un possesso esercitato nella consapevolezza dell'altro diritto reale parziario. Si pensi, ad esempio, al possesso esercitato riconoscendo e rispettando una servitù di passaggio o un diritto di usufrutto altrui. In questi casi è ragionevole ritenere che il diritto del terzo continui a permanere sul bene e ciò per due motivi: in presenza di un acquisto maturato a seguito di un'usucapione ventennale, il diritto del terzo non può ritenersi estinto per non uso ed il possesso esercitato nel ventennio dall'usucapiente si è manifestato secondo una modalità che ne condiziona il contenuto, cosicché la proprietà si è acquistata nel pieno rispetto delle pretese altrui. In presenza di un acquisto maturato a seguito di un'usucapione abbreviata se i diritti dei terzi risultino dal titolo, nessun dubbio può sussistere, allo stesso modo, relativamente alla loro persistenza sul bene; nel caso, invece che essi non risultino dal titolo, la persistenza dei diritti reali parziari richiederà un accertamento di fatto sulle modalità di esercizio del possesso che, in caso di contestazione, dovrà essere risolto dall'autorità giudiziaria.

La soluzione prospettata sembra essere ragionevole in un equo bilanciamento delle reciproche pretese sul medesimo bene dell'usucapiente e dei terzi vantanti diritti minori nonché coerente con il sistema, laddove l'esigenza primaria è quella di conformare al diritto situazioni di fatto che si protraggono nel tempo e non di ritenere estinti *tout court* i diritti reali parziari sul bene oggetto di usucapione, sulla base di scelte imposte dall'inclusione o meno di determinate fattispecie in categorie giuridiche da accettare dogmaticamente.

Maggiori dubbi presenta invece, la terza ipotesi prospettata, relativa ad un possesso il cui esercizio è indifferente rispetto ad eventuali altrui pretese di terzi sul bene. L'indifferenza va intesa sia nel senso che il possessore potrebbe non essere a conoscenza dell'altrui pretesa e, quindi, in buona fede, sia nel senso che il possessore, pur essendo a conoscenza dell'esistenza di altrui pretese, esercita il possesso attraverso un'attività che non è di per sé né compatibile né incompatibile con le altrui pretese di terzi (si pensi ai diritti di garanzia). Si pensi, ad esempio all'esistenza di una servitù negativa il cui non uso è disciplinato dall'art. 1073. comma 2°, c.c. e,

soprattutto, alle pretese vantate dai terzi creditori ipotecari.

Va precisato che, sebbene ci si trovi a risolvere conflitti tra più soggetti che vantano pretese su beni immobili, non è possibile far ricorso alle regole sulla pubblicità immobiliare. Invero, colui che è riconosciuto proprietario del bene, a seguito del possesso a titolo di usucapione, non ha alcun onere di verificare chi sia il proprietario del bene in base alla continuità delle trascrizioni né tanto meno è tenuto a verificare se ci siano stati atti di disposizione trascritti o iscritti da parte di quest'ultimo.

Ciò per più di una ragione:

- 1.–in primo luogo, perché una delle finalità storiche e pacificamente riconosciute dell'usucapione è proprio quella di vincere la cd. *probatio diabolica* e, quindi, l'onere di dover dimostrare la continuità dei titoli di proprietà all'infinito;
- 2.–in secondo luogo, perché il principio della continuità delle trascrizioni, sancito dall'art. 2650 cc. non si applica agli acquisti per usucapione per i quali la trascrizione della sentenza di accertamento, ai sensi dell'art. 2651 c.c., ha valore di mera pubblicità notizia;
- 3.–in terzo luogo, perché, come si è accennato in precedenza, l'acquisto per usucapione non è acquisto a titolo derivativo: l'usucapiente acquista la proprietà dell'immobile in forza del possesso (ed eventualmente con il concorso degli altri presupposti richiesti dalla legge) senza che ci sia alcuna necessaria derivazione dalla posizione giuridica dell'usucapito, il cui diritto si estingue, non per trasferimento da un soggetto ad un altro, ma come conseguenza logico-giuridica dell'acquisto da parte dell'usucapiente ⁽³⁹⁾.

In buona sostanza, l'usucapione si fonda su una situazione di fatto che non presuppone nell'usucapiente un onere o dovere di conoscenza del proprietario del bene che si usucapisce; anzi, spesso, l'usucapione sopperisce proprio all'incertezza che sussiste in ordine alla proprietà di un bene.

Dunque, la soluzione in ordine alla compatibilità della permanenza dei diritti reali parziari dei terzi sul bene, nell'ipotesi da ultimo prospettata, va risolta verificando se all'interno del sistema e dei suoi valori sia ragionevole tutelare l'usucapiente in modo così ampio da sacrificare anche le legittime pretese di coloro che pur in assenza di un comportamento negligente soccomberebbero in presenza di un acquisto a titolo di usucapione.

In linea astratta, anche per questa ipotesi potrebbe concludersi che i diritti dei terzi soccombono ove si ritengano prevalenti le esigenze di certezza e sicurezza nella circolazione dei beni immobili e la tutela delle aspettative di chi ha posseduto per un determinato periodo di tempo.

Per le servitù negative, tuttavia, sembra preferibile optare per una soluzione

Formattati: Elenchi puntati e numerati

negativa del problema, tenuto conto che un ostacolo di sistema, ad accettarne l'estinzione in forza del mero possesso *ad usucapionem* del bene, è ravvisabile negli artt. 1073, comma 2° e 1061 c.c. che pone un principio generale di forza tale da impedire l'estinzione della servitù stessa per il solo fatto del possesso continuato del fondo ⁽⁴⁰⁾.

Resta da verificare la sorte dei diritti di garanzia, ma per prendere una posizione corretta su questa fattispecie è opportuno, in via preliminare, accennare alle problematiche relative alla decorrenza degli effetti dell'usucapione e, quindi, alla pretesa retroattività dell'usucapione, la cui ammissibilità è stata sostenuta da una recente sentenza della Suprema Corte ⁽⁴¹⁾.

6. Decorrenza degli effetti dell'usucapione

Come già accennato, la sorte dei diritti dei terzi sul bene potrebbe esser legata oltre che ad una asserita incompatibilità e soccombenza delle pretese altrui con la nuova situazione giuridica nata dall'usucapione, anche dalla retrodatazione degli effetti dell'usucapione stessa al momento iniziale del possesso.

Ad onor del vero, va rammentato che, come *l'usucapio libertatis* non è stata espressamente regolata nel nostro ordinamento, anche in ordine alla decorrenza degli effetti dell'usucapione non vi è traccia all'interno del codice. La soluzione, pertanto, dell'ammissibilità sia dell'una che dell'altra è lasciata all'interprete sulla base di considerazioni di carattere sistematico.

Come autorevolmente osservato ⁽⁴²⁾ la retroattività porta ad una modificazione della realtà giuridica che, in assenza di una norma espressa che la preveda, può considerarsi conforme ai principi dell'ordinamento qualora concorra ad assicurare il pieno soddisfacimento di quegli interessi la cui realizzazione è stata rinviata in un momento successivo, cosicché la retroattività è strumento necessario per rimuovere quegli *"ostacoli giuridici che potrebbero essersi formati fra il momento in cui l'interesse parziale è sorto ed il momento in cui ne è stata autorizzata o imposta l'attuazione"* ⁽⁴³⁾.

L'efficacia retroattiva all'usucapione, pertanto, va riconosciuta nella misura in cui ciò sia necessario per assicurare la piena realizzazione dell'effetto acquisitivo dell'usucapione e rimuovere specifici ostacoli che, sorti *medio tempore*, si porrebbero in contrasto logico con l'effetto acquisitivo prodotto dall'usucapione.

Non sembra di particolar pregio l'argomento di chi ⁽⁴⁴⁾ ha ritenuto di poter giustificare la retroattività dell'usucapione con l'argomento *a contrario* che, se così non fosse, si attribuirebbe un peso ed un significato maggiore al momento finale del possesso rispetto al momento iniziale ed intermedio. In realtà, come è stato correttamente ribattuto ⁽⁴⁵⁾, tutti i momenti del possesso sono allo stesso modo rilevanti

e concorrenti, ma solo la somma di tutti i momenti possessori è idonea a produrre l'effetto acquisitivo prodotto dall'usucapione.

Maggiori approfondimenti meritano invece gli ulteriori argomenti posti a sostegno della retroattività dell'usucapione ⁽⁴⁶⁾ che fanno leva sulla necessità logica di ammettere la retroattività dell'usucapione perché altrimenti si creerebbero sovrapposizioni inconciliabili tra situazioni giuridiche precedenti il perfezionamento e la nuova posizione giuridica dell'usucapiente.

Per coloro che sostengono la retroattività dell'usucapione, la pienezza degli effetti dell'usucapione può realizzarsi, solo ammettendo che l'usucapione annienta il diritto del precedente titolare, come se questo diritto non fosse mai esistito, travolgendo con esso tutti i diritti che da quello si diramano ⁽⁴⁷⁾.

In particolare, a sostegno della retroattività dell'usucapione, si evidenzia che, in caso contrario, si verificherebbero nel sistema i seguenti risultati irragionevoli:

- 1.- l'obbligo da parte dell'usucapiente di restituire i frutti al proprietario nei cui confronti si è usucapito, in caso di possesso in mala fede;
- 2.- il riconoscimento di un'azione risarcitoria a favore del precedente titolare, per la situazione possessoria in mala fede dell'usucapiente, sino al termine di prescrizione dell'azione medesima;
- 3.- l'inefficacia degli atti di disposizione verso terzi compiuti *medio tempore* dall'usucapiente;
- 4.- il riconoscimento d'efficacia degli atti di disposizione compiuti *medio tempore* dal precedente titolare i quali, sebbene non interruttivi dell'usucapione, potrebbero pregiudicare l'efficacia dell'usucapione stessa (si pensi, ad esempio, all'alienazione del diritto di proprietà da parte del precedente titolare prima del perfezionamento dell'usucapione).

Si è ritenuto ⁽⁴⁸⁾ tuttavia che i suddetti argomenti, posti a sostegno dell'effetto retroattivo dell'usucapione, non appaiano insuperabili applicando i principi generali che regolano gli istituti richiamati.

Invero, il problema dell'asserito obbligo di restituzione dei frutti è superabile concependo il relativo obbligo come accessorio a quello di restituzione del bene principale; cosicché venendo meno quest'ultimo verrebbe meno anche l'obbligo accessorio ⁽⁴⁹⁾. Parimenti la tutela risarcitoria appare chiaramente integratrice della tutela reale restitutoria: venendo meno quest'ultima verrebbe meno anche la tutela aquiliana ⁽⁵⁰⁾.

Per quanto riguarda, invece, gli atti *medio tempore*, posti in essere dall'usucapiente la loro salvezza, può essere assicurata anche non invocando la retroattività dell'usucapione, ma ricorrendo all'applicazione del principio del divieto di *venire contra factum proprium* ed applicando, in via analogica, l'art. 1478 c.c.,

Formattati: Elenchi puntati e numerati

comma 2°, in tema di vendita di cosa altrui che espressamente dispone che “*il compratore diventa proprietario nel momento in cui il venditore acquista la proprietà dal titolare di essa*” (51).

Infine, per quanto riguarda gli atti di disposizione posti in essere *medio tempore* dal precedente titolare, valgono le osservazioni già fatte in tema di *usucapio libertatis* e di compatibilità della nuova posizione giuridica assunta dall’usucapiente rispetto ad eventuali pretese altrui. L’ammissibilità dell’uno e dell’altra dipende dalla prevalenza che l’interprete intende dare a determinati posizioni giuridiche rispetto ad altre.

In buona sostanza, a monte della soluzione da dare al problema della retroattività, l’interprete deve sciogliere il medesimo nodo presente nella problematica relativa all’ammissibilità o meno dell’*usucapio libertatis*, costituito dalla maggiore o minor ampiezza che si intende riconoscere alla posizione giuridica di colui che ha acquistato a titolo di usucapione, rispetto ai concorrenti diritti dei terzi sul medesimo bene.

7. I diritti di garanzia e vincoli derivanti dal pignoramento.

Per quanto riguarda i diritti di garanzia sul bene è attualmente prevalente l’opinione sia in dottrina (52) che in giurisprudenza (53) che si estinguono in caso di acquisto a titolo di usucapione

La giurisprudenza fa leva, per giungere a questa conclusione, sui pretesi effetti retroattivi dell’usucapione di cui si è fatta menzione nel paragrafo precedente.

Si afferma, da parte della giurisprudenza, che la tutela della nuova posizione dell’usucapiente non consente di addossare, a colui che acquista a titolo originario, l’onere di rintracciare i terzi precedenti titolari del diritto usucapito al fine di accertare gli atti dagli stessi compiuti, con ciò vanificando, almeno in parte la funzione dell’usucapione di rendere certa la proprietà e superare i problemi legati alla *probatio diabolica*.

I suddetti argomenti, presenti nella più recente sentenza della cassazione, sono senz’altro condivisibile pur non ravvisando la necessità di assumere una posizione assolutamente tranciante sulla presunta retroattività degli effetti dell’usucapione, che giova ricordare, risolvendosi in una *fictio* giuridica, richiederebbe un’espressa previsione normativa o quanto meno dovrebbe emergere in modo incontrovertibile dall’insieme delle norme che regolano l’istituto.

In realtà, seguendo le argomentazioni di un’autorevole dottrina (54) può ugualmente giungersi a dette conclusioni attraverso un’analisi delle norme che regolano l’ipoteca e l’estensione che il Legislatore, all’interno del sistema, ha inteso attribuire alla tutela del credito rispetto alle ragioni di terzi soggetti diversi dal debito-

re.

Innanzitutto, va osservato che l'art. 2808 c.c. detta una disposizione espressa a tutela del creditore nei confronti del terzo acquirente e non del terzo possessore ⁽⁵⁵⁾. La garanzia ipotecaria, sotto questo aspetto, è regolata per assicurare lo *jus vendendi* spettante al creditore ipotecario contro eventuali atti di disposizione compiuti dal datore d'ipoteca. In caso di usucapione, invece, non c'è alcun atto di disposizione del datore d'ipoteca, ma esclusivamente uno stato d'inerzia del proprietario del bene. Cosicché, il creditore ipotecario mentre a nulla è tenuto contro eventuali atti di disposizione del datore d'ipoteca, ben potrebbe compiere atti interruttivi del possesso, in forza dell'art. 2813 c.c., in caso di inerzia del titolare del diritto ⁽⁵⁶⁾.

Peraltro, è espressamente previsto, in tema di enfiteusi (art. 2815 c.c.) che l'estinzione del diritto per prescrizione (quindi per inerzia del suo titolare) estingue anche l'ipoteca. Detta norma sembra affermare un principio implicitamente ripetuto per le ipoteche iscritte sull'usufrutto e sul diritto di superficie negli artt. 2814 e 2816 c.c.; norme che sottolineano l'onere del creditore ipotecario di surrogarsi al datore d'ipoteca in caso di sua inerzia. A differenza dei cd. diritti di godimento, il mero possessore può essere avvertito dell'esistenza del vincolo esclusivamente mediante atti posti in essere dal creditore, dacché l'ipoteca non si estrinseca in alcun potere di fatto sulla cosa ⁽⁵⁷⁾.

Inoltre, anche le norme sulla pubblicità immobiliare sembrano confermare la correttezza di questa soluzione.

Invero, come già accennato, al possessore non potrebbe essere addebitato un onere di conoscenza dell'esistenza delle formalità ipotecarie, in quanto il possesso utile ai fini dell'usucapione prescinde del tutto dalla conoscenza in capo all'usucapiente di chi sia il legittimo proprietario del bene. Tant'è che è pacifico in giurisprudenza ⁽⁵⁸⁾ che il principio della continuità delle trascrizioni, ai fini della soluzione di eventuali conflitti tra più aventi causa del medesimo titolare, non si applica agli acquisti a titolo originario ⁽⁵⁹⁾.

Invero, in caso di conflitto tra avente causa del precedente proprietario e usucapiente non prevarrà chi ha trascritto per primo il suo titolo di acquisto, ma prevarrà, comunque, colui che ha acquistato a titolo originario anche in caso di mancata trascrizione della sentenza di accertamento che, come già accennato, ha valore di mera pubblicità notizia. ⁽⁶⁰⁾.

Sulle problematiche che invece si presentano tra soggetto usucapiente, o che ha in corso il possesso utile ai fini dell'usucapione, ed i creditori pignorati dell'intestatario del bene, va osservato che in giurisprudenza si è consolidato un orientamento secondo cui *la procedura esecutiva intrapresa dai creditori dell'intestatario del bene non ha effetto interruttivo del termine per maturare*

l'usucapione perché il rinvio dell'articolo 1165 cod. civ. alle norme sulla prescrizione in generale e, in particolare, a quelle relative alle cause di sospensione ed interruzione, incontra il limite della compatibilità di queste con la natura stessa dell'usucapione, con la conseguenza che non è consentito a-tribuire efficacia interruttiva del possesso se non ad atti che comportino, per il possessore, la perdita materiale del potere di fatto sulla cosa oppure ad atti giudiziali, siccome diretti ad ottenere ope iudicis la privazione del possesso nei confronti del possessore usucapente ⁽⁶¹⁾.

Sotto altro aspetto, di possibile conflitto tra curatela fallimentare e soggetto usucapiente, si è affermato da parte della Suprema Corte ⁽⁶²⁾ che può essere usucapito un bene del fallito sulla base del presupposto che l'acquisto a titolo di usucapione è acquisto a titolo originario, onde il conflitto fra acquirente a titolo derivativo ed usucapiente, si risolve sempre a favore di quest'ultimo indipendentemente dalla trascrizione della sentenza di usucapione. In buona sostanza, la Suprema Corte ha affermato che *il vincolo di indisponibilità derivante dal fallimento – con equiparazione del fallimento al pignoramento – non può essere riferito a "fatti" acquisitivi di diritti reali tipici che si assumono già compiuti e produttivi di interessi in capo al fallito*, restando del tutto indifferente l'eventuale trascrizione della sentenza di usucapione prima del fallimento, *"non essendo configurabile alcun onere di pubblicità a carico dell'usucapiente, in quanto l'art. 2651 c.c. dispone al riguardo una forma di trascrizione (della sentenza, e non anche della domanda) priva di effetti sostanziali e limitata a rendere più efficiente il sistema pubblicitario"*.

8. Conclusioni e considerazioni riassuntive

Può essere utile, all'esito dell'indagine conoscitiva sulle posizioni della dottrina e della giurisprudenza sul tema oggetto del presente studio, riassumere sinteticamente le conclusioni che appaiono più convincenti all'interno di una ricostruzione sistematica degli acquisti a titolo di usucapione e che possano proiettarsi anche oltre la risposta agli specifici interrogativi che hanno fatto da sfondo alle varie tematiche affrontate.

Innanzitutto, va rilevato che in dottrina la cittadinanza dell'*usucapio libertatis*, all'interno del nostro ordinamento, non sembra sia giunta a convincenti conclusioni condivise ⁽⁶³⁾.

Il dibattito si è incentrato prevalentemente sull'estensibilità o meno, della disposizione contenuta nell'art. 1153 c.c., comma 2°, in tema di acquisto di beni mobili, anche ai beni immobili. Una parte della dottrina e la giurisprudenza ritengono che il silenzio del Legislatore, in ordine all'*usucapio libertatis*, vada interpretato come volontà implicita, ma inequivoca, di escludere dal nostro ordinamento gli effetti che deriverebbero dal suddetto istituto. Altra parte della dottrina, al contrario, ritie-

ne che sia possibile un'applicazione analogica dell'art. 1153, comma 2° c.c. anche ai beni immobili.

Convincente appare la posizione di quella parte della dottrina che, al di là di considerazioni di tipo dogmatico sulla ammissibilità o meno dell'*usucapio libertatis* nel nostro ordinamento, riconduce la questione all'interno degli effetti che, in modo diretto, sono prodotti dal perfezionamento degli acquisti a titolo di usucapione: la trasformazione di una situazione di fatto su un determinato bene in situazione giuridica tutelata, secondo il noto ditteo "*tantum praescriptum, quantum possessum*". Cosicché l'indagine relativa alla persistenza o meno di diritti reali minori, in caso di usucapione della proprietà di un bene immobile, andrebbe condotta verificando la qualità del possesso esercitato nel tempo necessario alla formazione dell'usucapione stessa.

Seguendo questa impostazione, dovrà, pertanto, ritenersi inammissibile la persistenza di diritti reali minori su un bene usucapito qualora il possesso sia stato esercitato in modo incompatibile con la persistenza dei diritti stessi; al contrario, dovrà ritenersi ammissibile la persistenza dei diritti reali minori nel caso in cui il possesso sia stato esercitato nel pieno riconoscimento dei diritti stessi.

E' evidente che in caso di usucapione decennale, l'indagine relativa al contenuto del diritto sarà condizionata dal contenuto del titolo di acquisto che costituisce uno dei presupposti essenziali per il perfezionamento della fattispecie legale.

Dubbi, anche seguendo questa impostazione, permangono rispetto a quei diritti il cui esercizio del possesso non è né compatibile né incompatibile con la persistenza dei diritti stessi; il riferimento è principalmente alle servitù negative ed ai diritti di garanzia ⁽⁶⁴⁾.

Per le servitù negative ⁽⁶⁵⁾ sembra preferibile optare per una soluzione negativa del problema, tenuto conto che un ostacolo di sistema ad accettarne l'estinzione in forza del mero possesso *ad usucapionem* del bene, è ravvisabile negli artt. 1073, comma 2° e 1061 c.c. dai quali è ricavabile un principio generale di forza tale da impedire l'estinzione della servitù stessa per il solo fatto del possesso continuato del fondo.

Per i diritti di garanzia appaiono convincenti e condivisibili le argomentazioni di quella parte autorevole della dottrina che afferma, nel caso in esame, l'estinzione di tali diritti per i seguenti principali motivi:

E' espressamente previsto, in tema di enfiteusi (art. 2815 c.c.) che l'estinzione del diritto per prescrizione (quindi per inerzia del suo titolare) estingue anche l'ipoteca. Detta norma sembra affermare un principio implicitamente ripetuto per le ipoteche iscritte sull'usufrutto e sul diritto di superficie negli artt. 2814 e 2816 c.c. Dal sistema, dunque, è desumibile il principio generale che pone l'onere a carico del

creditore ipotecario di surrogarsi al datore d'ipoteca in caso di sua inerzia nel compimento degli atti interruttivi. Peraltro, a differenza dei cd. diritti di godimento, il mero possessore può essere avvertito dell'esistenza del vincolo ipotecario esclusivamente mediante atti posti in essere dal creditore in quanto l'ipoteca non si estrinseca in alcun potere di fatto sulla cosa.

Le norme sulla pubblicità immobiliare sembrano confermano la correttezza di questa soluzione. Invero, come già accennato, al possessore non potrebbe essere addebitato un onere di conoscenza dell'esistenza delle formalità ipotecarie, in quanto il possesso utile ai fini dell'usucapione prescinde del tutto dalla conoscenza in capo all'usucapiente di chi sia il legittimo proprietario del bene. Ciò risulta confermato dal fatto che è pacifico in giurisprudenza che il principio della continuità delle trascrizioni, ai fini della soluzione di eventuali conflitti tra più aventi causa del medesimo titolare, non si applica agli acquisti a titolo originario.

In ordine alla posizione della giurisprudenza sui temi in oggetto, va evidenziato che la Suprema Corte, in più di una sentenza, ha negato l'ammissibilità dell'*usucapio libertatis* nel nostro ordinamento. Tuttavia, si sta formando un orientamento diretto a riconoscere un effetto retroattivo all'acquisto a titolo di usucapione decorrente dall'inizio del possesso ⁽⁶⁶⁾.

Il riconoscimento di un effetto retroattivo all'usucapione ridimensionerebbe notevolmente le problematiche che riguardano l'*usucapio libertatis* in quanto, se è vero che non sussiste una perfetta coincidenza tra i risultati prodotti dall'applicazione dell'uno o dell'altro istituto, è altrettanto vero che la casistica verrebbe notevolmente assottigliata, dovendosi limitare l'indagine, in caso di ammissibilità dell'effetto retroattivo, ai diritti reali minori costituiti in epoca precedente all'inizio del possesso.

Peraltro, ritenere che gli effetti dell'acquisto a titolo di usucapione retroagiscano al momento iniziale del possesso, eliminerebbe il difficile giudizio relativo alla compatibilità o incompatibilità del diritto usucapito con presunte pretese vantate dai terzi risolvendosi la retroattività in un completo annientamento dei diritti reali minori sorti *medio tempore* ad opera del soggetto usucapito.

Questo orientamento giurisprudenziale non sembra essere esente da critica, soprattutto perché, come osservato da autorevole dottrina ⁽⁶⁷⁾, *ove si ritenga indifendibile per il nostro diritto la teorica dell'usucapio libertatis, il principio della parità di trattamento dovrebbe condurre ad un'esegesi contraria anche alla retroattività*. L'operatore del diritto, tuttavia, con la dovuta prudenza che ciascuna fattispecie concreta può presentare, non può trascurare questo indirizzo (che, è bene sottolineare, non può considerarsi allo stato indirizzo consolidato) affermato dalla Suprema Corte nell'ottica, condivisibile, di dare maggior certezza alle vicende circolatorie dei beni immobili e di superare concretamente gli effetti indesiderati della cd. *pro-*

batio diabolica negli accertamenti della proprietà immobiliare .

Marco Krogh

- 1) G. Deiana, *Le servitù prediali, tomo II, a cura di G. Grosso e G. Deiana*, UTET, Torino, 1963, pag. 1096 e segg.; S. Ruperto, *Usucapione (dir. vig.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLV, Giuffrè Editore, Milano, 1992, pag. 1022-1023
- 2) A. Guarino, *Diritto Privato Romano*, Ed. Jovene Napoli, 2001, pag. 693 e segg.
- 3) A. Guarino, *Diritto Privato Romano ...cit.*, pag. 722; G. Deiana, *Le servitù prediali ...cit.*; pag. 1099 e segg.; G. Lisella, *La "moderna" usucapio libertatis*, in *Rassegna di diritto civile*, n. 4, 1999 pag. 734.
- 4) G. Cian, *Usucapione e comunione legale dei beni*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1989, parte II, pag. 251 e segg.
- 5) Cfr. F.S. Gentile, *Il Possesso*, in *Giurisprudenza Sistematica civile e commerciale*, diretta da W. Bigiavi, UTET, Torino, 1977, pag. 387-389
- 6) Cass. sez. 2° civ., 27 marzo 2001 n. 4412; Cass. 28 maggio 1981 n. 3505; Cass. 2° sez. civ. 27 maggio 1966 n. 1379, *Giust. Civ. Mass.* 1966, 786; cass. 2° sez. civ. 21 novembre 1978 n. 5413, *Giust. Civ. Mass.* 1978, fasc. 11. Diversamente la Suprema Corte, con sent., 3° sez. civ. 9 aprile 1985 n. 2356, ha deciso per quanto riguarda gli effetti dell'usucapione sul contratto di locazione, laddove ha affermato che la regola *emptio non tollit locatum* non opera quando il terzo abbia acquistato a titolo originario il bene locato.
- 7) Cass. civ. 15 maggio 1925, in *Giur. It.*, 1925, I, 1, 839 e Cass. 2° sez. civ. 28 giugno 2000 n. 8792 in *Corriere Giuridico* n. 4/2001, con commento di V. Severi, pag. 520 e segg. Trib. Palmi, sez. Cinquefrondi, 5 dicembre 2006, in *Persona e danno*, Rivista telematica a cura di Paolo Cendon, sez. *Giustizia civile, Generalità, varie*, 4 luglio 2007, con commento di Giancarlo Giusti. La Corte Costituzionale con ordinanza del 19 luglio 2000 n. 219 (*Gazzetta Ufficiale*, 1° serie speciale 28 giugno 2000 n. 27) Pres. Mirabelli, est. Ruperto, in *Foro italiano*, 2001, I, c.1817, con commento di G. Miccolis, *Breve nota sulla efficacia "ultra partes" della sentenza di accertamento dell'avvenuto acquisto per usucapione*, investita sulla questione di legittimità costituzionale delle norme, anche di diritto vivente, che regolano i rapporti tra creditore pignorante ed usucapiente e delle questioni relative alla usucapio libertatis ed alla retroattività degli effetti dell'usucapione, ha dichiarato la questione manifestamente inammissibile per inottemperanza del giudice rimettente all'onere di argomentare e motivare sulla rilevanza costituzionale delle questioni sollevate. Sui rapporti tra pignoramento ed usucapione, cfr. Cass., 18 ottobre 2004, n. 20397; Cass., 7 settembre 2004, n. 18004; Cass., 19 giugno 2003, n. 9845; Cass., 23 novembre 2001, n. 14917, in *Riv. giur. edil.* 2002, I, 586, Cass. 2° sez. civ. 6 dicembre 2000 n. 15503 e da ultima Corte di appello Firenze, sez. 1°, 4 aprile 2008, 552. Per i rapporti tra fallimento ed usucapione, cfr. Cass. 26 novembre 1999 n. 13184, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, maggio-giugno 2000, CEDAM - Padova, pag. 1125 e segg, nella quale si afferma che può essere proposta nei confronti della curatela la domanda di acquisto a titolo originario di un bene immobile del fallito, in virtù di usucapione, che si verifica anche durante il fallimento, né a tal fine occorre che la domanda stessa sia stata trascritta anteriormente all'apertura della procedura concorsuale. In una recentissima sentenza la Suprema Corte (sent. 23 luglio 2008 n. 20296, in *Persona e Danno*, Rivista Telematica a cura di Paolo Cendon, sez. Interessi protetti/obbligazioni, contratti, 23 luglio 2008, con nota di Paolo Basso) pur non affrontando in modo espresso la questione della retroattività dell'usucapione, affermando che ai fini dell'ingresso del bene nella comunione legale dei beni, ai sensi dell'art. 177 lett. a) c.c. è necessario far riferimento al momento finale in cui si è perfezionato l'acquisto a titolo di usucapione, sembra implicitamente negare la retroattività dell'acquisto stesso.
- 8) Ritengono che un possesso libero e franco da vincoli dia luogo ad un acquisto del bene libero da prese altrui: G. Cian, *Usucapione e comunione legale dei beni*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1989, parte II, pag. 268 e segg; A. Cicu, *L'usucapio libertatis nel progetto del nuovo codice*, in *Scritti minori di Antonio Cicu, vol. 2°, successioni e donazione - studi vari*, in *Seminario Giuridico della*

Università di Bologna, XLII, Giuffrè Editore, Milano, 1965, pag. 365 e segg. G. Pugliese, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Trattato di Diritto Civile, sotto la direzione di F. Vassalli*, vol. IV, tomo V, UTET, Torino, 1972, pag. 582 e segg.; S. Ruperto, *Usucapione (dir. vig.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLV, Giuffrè Editore, Milano, 1992, pag. 1044 e segg.; F. Messineo, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè, Milano, 1965, pag. 409; L. Mengoni, *Gli acquisti "a non domino"*, Giuffrè, Milano, 1975, pag. 135 e segg.; F. De Martino, *Del possesso*, in *Commentario del Codice Civile, art. 1140 - 1172, a cura di A. Sialoja e G. Branca*, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, Soc. Ed. del Foro Italiano, Roma, 1984, pag. 69; R. Sacco, *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, UTET, 1999, pag. 571. Ritengono che nel silenzio della legge non sia ammissibile l'usucapio *libertatis*, tra gli altri: A. Montel, *Il Possesso*, UTET, Torino, 1962, pag. 392 e segg. G. Deiana, *Le servitù prediali, tomo II, a cura di G. Grosso e G. Deiana*, UTET, Torino, 1963, pag. 1096 e segg.; M. D'Amelio, *Codice Civile, libro della Proprietà - Commentario, diretto da M. D'Amelio*, S.A.G. Barbera, Editore, Milano, 1942, pag. 984 -985; G. Lisella, *La "moderna" usucapio libertatis*, in *Rassegna di diritto civile*, n. 4, 1999 pag. 733 e segg.; L. Barassi, *Diritti reali e possesso, II - Il Possesso*, Giuffrè, Milano, 1952, pag. 420; D. Barbero, *Il Sistema del Diritto Privato, Seconda edizione rielaborata da A. Liserre e G. Florida*, UTET, 1993, pag. 190. Sul punto anche F. Roselli, *Il Possesso e le azioni di rinuncia*, UTET, 1993, pag. 319; U. Salvestrone, *Falso testamento e sospensione dell'usucapione di beni ereditari*, in *Rivista di diritto civile*, 1970, parte I, pag. 222; A. Masi, *Proprietà*, in *Trattato di Diritto Privato*, diretto da P. Rescigno, Tomo 2°, UTET, 2002, pag. 628-629. Per i rapporti tra l'usucapione e l'azione reale di riduzione, cfr. E. De Francisco, *La nuova disciplina in materia di circolazione dei beni immobili provenienti da donazione: le regole introdotte dalla l. 14 maggio 2005 n. 80*, in *Rivista del Notariato*, 2005, parte I, pag. 1252 e segg.

- 9) Sul punto, cfr. A. Masi, *Proprietà*, in *Trattato di Diritto Privato*, diretto da P. Rescigno, Tomo 2°, UTET, 2002, pag. 628-629, il quale ritiene che l'estensione analogica dell'art. 1153, 2° comma c.c. potrebbe comprendere, in materia di usucapione immobiliare, l'enfiteusi, l'usufrutto ed i diritti affini, ma difficilmente, in considerazione della regola generale prevista dall'art. 1073, 2° comma c.c., potrebbe estendersi alle servitù e G. Pugliese, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Trattato di Diritto Civile, sotto la direzione di F. Vassalli*, vol. IV, tomo V, UTET, Torino, 1972, pag. 588-589.
- 10) Favorevole all'estinzione dei diritti di credito: G. Gorla, *delle ipoteche e del pegno*, in *Commentario del codice civile, libro VI - tutela dei diritti - Art. 2784-2899*, Nicola Zanichelli Editore Bologna, soc. ed. del Foro Italiano, Roma, 1968, pag. 431 e segg.; A. Ravazzoni, *Le ipoteche*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger*, Giuffrè Editore, Milano, 2006, pag. 513 e segg.; P. Boero, *Le ipoteche*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale, fondata da W. Bigliani*, UTET, Torino, 1984, pag. 771; in giurisprudenza: Cass. civ. 15 maggio 1925, in *Giur. It.*, 1925, I, 1, 839 e Cass. 2° sez. civ. 28 giugno 2000 n. 8792 in *Corriere Giuridico* n. 4/2001, con commento di V. Severi, pag. 520 e segg.; contrari: D. Rubino, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, Giuffrè editore, 1956, pag. 412 e segg., il quale ritiene che gli acquisti a titolo originario, "in linea di massima, non estinguono l'ipoteca, che, gravando direttamente sulla cosa, rimane insensibile alle successive vicende della proprietà. E nei limiti del possibile si applica anche ora la disciplina del terzo acquirente." G. Tamburrino, *Della Tutela dei diritti (delle ipoteche) - artt. 2808 - 2899*, UTET, 1976, pag. 286. In argomento cfr. altresì, G. Miccolis, *Breve nota sull'efficacia "ultra partes" della sentenza di accertamento dell'avvenuto acquisto per usucapione*, nota all'ordinanza della Corte Costituzionale 10 giugno 2000 n. 219, in *Foro Italiano*, 2001, I, c.1818 e segg. il quale ritiene che "la sentenza di accertamento dell'avvenuto acquisto per usucapione pronunciata solo in danno del precedente proprietario non è efficace, neppure in via riflessa, nei confronti del creditore che abbia, antecedentemente alla trascrizione della domanda, iscritto ipoteca."
- 11) Cass. 2° sez. civ. 28 giugno 2000 n. 8792, cit.
- 12) Sul valore della sentenza di accertamento dell'usucapione, cfr. *amplius* G. Baralis, *Negozi di accertativi in materia immobiliare, tipologia, eventuali limiti all'autonomia privata. Problemi di pubblicità immobiliare specie per il negozio che accerti l'usucapione. Usucapione "dichiarata" dal cedente e atti dispositivi*. Studio n. 176-2008 del Consiglio Nazionale del Notariato.
- 13) S. Ruperto, *Usucapione (dir. vig.)*, ... cit., pag. 1024.
- 14) S. Ruperto, *Usucapione (dir. vig.)*, ... cit., pag. 1024.

- 15)** E. De Francisco, *La nuova disciplina in materia di circolazione dei beni immobili provenienti da donazione: le regole introdotte dalla legge 14 maggio 2005, n. 80*, in *Rivista del Notariato*, A.Giuffrè, 2005, parte I, pag. 1253 e segg.
- 16)** A. Falzea, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Giuffrè editore, Milano, 1992, pag. 502; S. Ruperto, *Usucapione (dir. vig.)*, ... *cit.*, pag.1026.
- 17)** A. Falzea, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, ... *cit.*, pag. 499.
- 18)** Cfr. G. Pugliese, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Trattato di Diritto Civile, sotto la direzione di F. Vassalli*, vol. IV, tomo V, UTET, Torino, 1972, pag. 589.
- 19)** Cfr. G. Deiana, *Le servitù prediali*, ...*cit.*, pag 1116 e segg.
- 20)** Critico sul punto A. Cicu, *L'“usucapio libertatis” ...cit* pag. 369
- 21)** S. Ruperto, *Usucapione (dir. vig.)*, ... *cit.*, pag.1025
- 22)** S. Ruperto, *Usucapione (dir. vig.)*, ... *cit.*, pag.1025
- 23)** G. Deiana, *Le servitù prediali*, ...*cit.*, pag. 1114.
- 24)** A. Cicu, *L'“usucapio libertatis”...cit.*, pag. 365 e segg.
- 25)** L'autore contestava, in particolare, la tesi di chi (A. Montel , *Il Possesso*, UTET, Torino, 1962, pag. 392).ritenendo che non fosse possibile usucapire un fondo libero da oneri e diritti parziari giungeva ad un risultato aberrante, affermando che colui che acquistava *a domino* un bene (gravato dai suddetti oneri e diritti) dal proprietario non avrebbe mai potuto usucapire la piena proprietà; al contrario chi acquistava *a non domino*, ad esempio dall'enfiteuta o dall'usufruttuario, la piena proprietà avrebbe, maturato l'usucapione, acquistato il diritto di proprietà libero da pretese altrui.
- 26)** A. Cicu, *L'“usucapio libertatis” ...cit.*, , pag. 367-368
- 27)** Così testualmente A. Cicu, *L'usucapio libertatis...cit.*, pag. 369.
- 28)** M. D'Amelio, *Codice Civile, libro della Proprietà*, ...*cit.* pag.984 -985; A. Montel , *Il Possesso ...cit.*, pag. 392 e segg. G. Deiana, *Le servitù prediali*, ...*cit.*, pag. 1096 e segg
- 29)** Testualmente M. D'Amelio, *op. cit...*, pag. 985
- 30)** Cfr. G.Deiana, *op. cit...*, pag. 1116 e segg
- 31)** Cfr. G.Deiana, *op. cit...*, pag. 1118
- 32)** G. Pugliese, *Usufrutto, uso e abitazione*, ...*cit.*, pag. 581 e segg.
- 33)** G. Pugliese, *Usufrutto, uso e abitazione ...cit.*, pag. 588
- 34)** G. Cian, *Usucapione e comunione legale dei beni*, *cit...*, pag. 264 il quale osserva, testualmente: “se l'usucapione di un diritto parziale può cancellare un pari diritto parziale, con il primo incompatibile, perché l'usucapione di un diritto più ampio – la proprietà, ad esempio – qualora avvenga sulla base di un possesso esercitato con modalità incompatibili con l'esistenza di un diritto parziale altrui, non dovrebbe pure condurre alla cancellazione di questo diritto ?”; cfr. anche G. Pugliese, *Usufrutto, uso e abitazione ...cit*, pag..586-587 il quale ritiene che quando si possiede *ad usucapionem* la cosa come libera, si possiede in contrasto sia col proprietario, sia col titolare del diritto reale così detto frazionario.
- 35)** Secondo F. Messineo, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè, Milano, 1965, pag. 409, per gli immobili non può applicarsi se non il noto ditteo “*tantum praescriptum, quantum possessum*”: ossia, è possibile che il fondo usucapito si acquisti anche franco e libero da altrui diritti parziari, purché non vi sia stato corrispondente possesso altrui. F. De Martino, *Del possesso*, ...*cit.*, pag. 69, il quale ritiene che bisogna distinguere secondo che la cosa sia stata posseduta come libera, ovvero sia stata posseduta come soggetta ai diritti altrui. Nella prima ipotesi non vi è dubbio che la costituzione dei diritti in parola non ha efficacia alcuna contro chi usucapisce.
- 36)** Cfr. Deiana, *op. cit...*, pag. 1126; sul punto anche G. Cian, *Usucapione e comunione legale dei beni ...cit.*, pag. 264-265, il quale ritiene, che l'idea dell'acquisto per moltiplicazione di facoltà con ordine di precedenza a favore del titolare del diritto parziale presenti un certo grado di artificiosità, e non sembri in grado di dare conto di tutte le vicende che si possono produrre nelle fattispecie interessate.
- 37)** Per le conseguenze estintive dei diritti altrui incompatibili con il possesso *ad usucapionem* cfr. G. Cian, *Usucapione e comunione legale dei beni ...cit.*, pag. 268 e segg; A. Cicu, *L'“usucapio libertatis”...cit.* pag. 365 e segg. G. Pugliese, *Usufrutto, uso e abitazione...cit.*, pag. 582 e segg.; S. Ruperto, *Usucapione (dir. vig.)...cit.*, pag.1044 e segg.; F. Messineo, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale...cit.*, pag. 409; L. Mengoni, *Gli acquisti “a non domino”...cit.*, pag. 135 e segg.; F.

De Martino, *Del possesso ...cit.*, pag. 69; R. Sacco, *Digesto delle Discipline Privatistiche,...cit.*, pag. 571.

- 38)** Sul punto si rinvia alle note (6), (7), (8) e (9) che riportano le posizioni della dottrina e giurisprudenza in tema di *usucapio libertatis*.
- 39)** *Amplius*: G. Baralis, *Negozi di accertativi in materia immobiliare, ...cit.*
- 40)** A. Masi, *Proprietà, ...cit.*, pag. 628-629, il quale ritiene che l'estensione analogica dell'art. 1153, 2° comma c.c. potrebbe comprendere, in materia di usucapione immobiliare, l'enfiteusi, l'usufrutto ed i diritti affini, ma difficilmente, in considerazione della regola generale prevista dall'art. 1073, 2° comma c.c., potrebbe estendersi alle servitù.
- 41)** Cass, 2° sez. civ. 28 giugno 2000 n. 8792 in *Corriere Giuridico* n. 4/2001, con commento di V. Severi, pag. 520 e segg
- 42)** A. Falzea, *Efficacia giuridica, ... cit.*, pag. 488; S. Ruperto, *Usucapione (dir. vig.)*, ... *cit.*, pag.1042
- 43)** A. Falzea, *Efficacia giuridica,... cit.* , pag. 488.
- 44)** G. Pugliese, *Usufrutto,...cit.*, pag.559
- 45)** S. Ruperto, *Usucapione (dir. vig.)*, ... *cit.*, pag.1041 e segg., G. Cian, *Usucapione e comunione legale dei beni, ... cit.*, pag. 261.
- 46)** Per la giurisprudenza Cass, 2° sez. civ. 28 giugno 2000 n. 8792, in *Corriere Giuridico* n. 4/2001, con commento di V. Severi, pag. 520 e segg. e Cass. civ. 15 maggio 1925, in *Giur. It.*, 1925, I, 1, 839; per la dottrina: S. Ruperto, *Usucapione (dir. vig.)*, ... *cit.*, pag.1042 e segg., G. Cian, *Usucapione e comunione legale dei beni, ... cit.*, pag. 270 e segg; A. Cicu, *L'usucapio libertatis nel progetto del nuovo codice, ..cit.* pag. 365 e segg., F.S. Gentile, *Il Possesso, ... cit.*, pag. 317. R. Sacco – R. Caterina, *Il Possesso, in Trattato di Diritto Civile e Commerciale, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Guffrè, 2000*, pag. 515 e segg. secondo cui un argomento a favore della retroattività è quello teleologico. Istituti quali la prescrizione e l'usucapione hanno il merito di evitare di ridiscutere se prima del periodo prescrizione la situazione di diritto fosse quella allegata dall'attore, o quella allegata dal convenuto. Sul punto anche P. Vitucci, *Acquisto per usucapione e legittimazione a disporre*, in *Giust. Civ.* , gennaio 2004, Giuffrè, pag. 3 e segg.
- 47)** F.S. Gentile, *Il Possesso, ... cit.*, pag. 317.
- 48)** G. Cian, *Usucapione e comunione legale dei beni, ... cit.*, pag. 270; S. Ruperto, *Usucapione (dir. vig.)*, ... *cit.*, pag.1042 e segg.. Per gli effetti degli acquisti a titolo di usucapione tra coniugi in comunione legale, cfr. la recentissima sentenza della Cass. 23 luglio 2008 n. 20288 che in modo tranciente afferma che i suddetti beni entrano a far parte della comunione legale senza affrontare il problema della retroattività o meno degli affetti dell'usucapione.
- 49)** G. Cian, *Usucapione e comunione legale dei beni, ... cit.*, pag. 271.
- 50)** G. Cian, *Usucapione e comunione legale dei beni, ... cit.*, pag. 272.
- 51)** L'applicazione sarà analogica in quanto nel nostro caso il venditore acquista il bene non "dal titolare di essa", ma a titolo originario
- 52)** G. Gorla, *delle ipoteche e del pegno*, in *Commentario del codice civile, libro VI - tutela dei diritti - Art. 2784-2899*, Nicola Zanichelli Editore Bologna, soc. ed. del Foro Italiano, Roma, 1968, pag. 431 e segg; A. Ravazzoni, *Le ipoteche*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger*, Giuffrè Editore, Milano, 2006, pag. 513 e segg.; P. Boero, *Le ipoteche*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale, fondata da W. Bigiavi*, UTET, Torino, 1984, pag. 771
- 53)** Cass. civ. 15 maggio 1925, in *Giur. It.*, 1925, I, 1, 839 e Cass, 2° sez. civ. 28 giugno 2000 n. 8792...cit.
- 54)** G. Gorla, *op. cit.*, pag 431; P. Boero, *op. cit.*, pag. 771.
- 55)** *Contra*: D. Rubino, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, Giuffrè editore, 1956, pag. 412 e segg., il quale ritiene che gli acquisti a titolo originario, "in linea di massima, non estinguono l'ipoteca, che, gravando direttamente sulla cosa, rimane insensibile alle successive vicende della proprietà. E nei limiti del possibile si applica anche ora la disciplina del terzo acquirente."
- 56)** G. Gorla, *op. cit.*, pag. 361; A. Ravazzoni, *op. cit.*, pag. 515.
- 57)** Testualmente G. Gorla, *op. cit.*, pag. 432.

- 58)** Cfr. ex multis : Cass., 2° sez. civ. 3 febbraio 2005 n. 2161 e sentenze in essa citate e cass, 2° sez. civ. 3 febbraio 2005 n. 2162, entrambe in *Rivista del Notariato* 2006, parte II, cpag. 208 e segg. con nota di S. Metallo, *Conflitti giuridici e trascrizione: la pubblicità dichiarativa e non costitutiva*; la sentenza della cass. 2161/2005 è riportata anche in *Giurisprudenza Italiana, Diritto civile*, 2005, pag. 2275 e segg. con nota di R. Peratoner, *Usucapione e trascrizione* ed in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2006, pag. 349 e segg. con nota di E. Varano, *Conflitto tra acquirente per usucapione e avente causa dell'usucapito nel sistema della trascrizione immobiliare*.
- 59)** Sul valore della sentenza di accertamento dell'usucapione, cfr. G.Baralis, *Negozi di accertativi in materia immobiliare, ..cit.* 1
- 60)** Cass., 2° sez. civ. 3 febbraio 2005 n. 2161,. Sul punto anche Cass. 26 novembre 1999 n. 13184, in *Il Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, 2000, pag. 1125, che afferma il principio secondo il quale può essere proposta nei confronti della curatela la domanda di acquisto a titolo originario di un bene immobile del fallito, in virtù di usucapione, che si verifica anche durante il fallimento, né occorre che la domanda stessa sia stata trascritta anteriormente all'apertura della procedura concorsuale.
- 61)** Così espressamente Corte di Appello Firenze, sez. 1°, 4 aprile 2008, 552; in senso conforme Cass., 18 ottobre 2004, n. 20397; Cass., 7 settembre 2004, n. 18004; Cass., 19 giugno 2003, n. 9845; Cass., 23 novembre 2001, n. 14917, in Riv. giur. edil. 2002, I, 586, Cass. 2° sez. civ. 6 dicembre 2000 n. 15503 e Trib Palmi, sez. Cinquefrondi, 5 dicembre 2006, in Persona e danno, Rivista telematica a cura di Paolo Cendon, sez.. *Giustizia civile, Generalità, varie*, 4 luglio 2007, con commento di Giancarlo Giusti , tutte già riportate nella precedente nota (7).
- 62)** Cass, 26 novembre 1999 n. 13184, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, maggio-giugno 2000, CEDAM – Padova, pag. 1125 e segg
- 63)** Si rinvia alle note (6), (7) e (8) per i riferimenti alla giurisprudenza ed alla dottrina.
- 64)** Si rinvia alle note (9) e (10) per i riferimenti alla giurisprudenza ed alla dottrina
- 65)** A. Masi, *Proprietà...*, cit., pag. 628-629
- 66)** Si rinvia alla nota (6) per i riferimenti giurisprudenziali.
- 67)** G. Cian, *Usucapione e comunione legale dei beni, ... cit.*, pag. 269