

I FRUTTI NEL CONFLITTO TRA PROPRIETARIO E POSSESSORE

*Carmelo Restivo**

SOMMARIO: 1. I problemi posti dalla disciplina codicistica – 2. La fattispecie acquisitiva dei frutti naturali – 3. Critica della tesi che configura la restituzione dei frutti quale rimedio risarcitorio – 4. I frutti civili – 5. Il conflitto tra proprietario e possessore di buona fede – 6. Il conflitto tra proprietario e possessore di mala fede.

1. – L'art. 1148 c.c. disciplina il conflitto tra proprietario e possessore di buona fede in ordine ai frutti prodotti dal bene. La disposizione attribuisce al proprietario i frutti percepiti dopo la proposizione della domanda diretta ad ottenere il rilascio del bene e la restituzione dei frutti¹, nonché di quelli che avrebbero potuto esserlo usando l'ordinaria diligenza nella gestione del bene (frutti percipiendi), mentre riserva al possessore i frutti maturati precedentemente. L'art. 1148 c.c., però, lascia irrisolti numerosi problemi².

*Ricercatore di Diritto Privato presso l'Università degli Studi di Palermo.

¹ La giurisprudenza ritiene che «la domanda giudiziale alla quale deve aversi riguardo per la decorrenza dell'obbligo del possessore di buona fede di restituire i frutti naturali separati e i frutti civili maturati non è quella di rilascio o restituzione del bene ma quella, separatamente proponibile, di pagamento dei frutti» (Cass. 23-5-1992, n. 6224, in *Giur. it.*, I, 1994, 798 s.).

² Secondo alcuni l'ambito di azione dell'art. 1148 c.c. sarebbe circoscritto alle ipotesi in cui il soggetto sia divenuto possessore in forza di un atto di acquisto *a non domino*, mentre la disposizione non sarebbe applicabile laddove il possesso sia fondato su un titolo di acquisto dichiarato nullo, annullato, risolto o rescisso (F. S. Gentile, *Il possesso*², in *Giur. sist. civ. comm.*, diretta da W. Bigiavi, Torino, 1977, 199-200; C. Tenella Sillani, *Possesso e detenzione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 39; P. Sirena, *La gestione di affari altrui: ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 1999, 91). Questa tesi, retaggio della prassi interpretativa consolidatasi nel vigore del codice del 1865, è stata superata dalla giurisprudenza (Cass. 21-4-1988 n. 3097 e Cass. 9-5-1981, in *Giust. civ.*, I, 1981, 2647) e dalla migliore dottrina (R. Sacco-R. Caterina, *Il possesso*², in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 2000, 454-455; U. Natoli, *Il possesso*, Milano, 1992, 173-177). Essa muoveva da un unico argomento: il rimedio dato all'alienante che, venuto meno l'atto di trasferimento, voglia recuperare il possesso del bene di sua proprietà, è l'azione di ripetizione dell'indebito (oggettivo); mentre l'art. 1148 c.c., qualificando come «rivendicante» il soggetto che chiede la restituzione del bene, farebbe riferimento ad una ipotesi in cui il proprietario promuove, perché non gli è data alternativa, la più onerosa azione di rivendica. Appare, però, eccessivo desumere una conseguenza così impegnativa sul piano sistematico da un argomento letterale

In primo luogo, la disposizione né contempla, né esclude che il proprietario possa domandare, oltre ai frutti percepiti e percipiendi, il risarcimento del maggior danno subito. Fornire una risposta significa, in questo caso, domandarsi se il possesso di buona fede possa essere considerato un fatto illecito e se il rimedio risarcitorio cui tale qualificazione condurrebbe sia compatibile con il rimedio restitutorio approntato dall'art. 1148 c.c.

In secondo luogo, la disposizione nulla dice, almeno in termini espressi, in ordine al conflitto tra proprietario e possessore di mala fede, lasciando all'interprete il compito di tracciare una traiettoria tra restituzione dei frutti e risarcimento del danno.

Sullo sfondo, infine, si pone il nodo della individuazione della fattispecie acquisitiva della proprietà dei frutti: affermare, ad esempio, che i frutti percepiti dal possessore di buona fede dopo la proposizione della domanda spettino al proprietario non significa necessariamente che la fattispecie acquisitiva in suo favore si perfezioni immediatamente al momento della separazione; e un problema analogo si pone laddove il possesso sia connotato da mala fede.

È questo un nodo teorico denso di ricadute concrete: si pensi alla qualificazione dell'azione di restituzione, che avrà natura reale o personale a seconda che l'attore sia o non sia considerato proprietario dei frutti, con le conseguenze che ne discendono sul piano dei termini di prescrizione; si pensi – ancora – alla regola applicabile ove il possessore abbia alienato i

in sé fragile, che carica un singolo termine di una incidenza dirimente nella costruzione della fattispecie, a fronte della quale sarebbe legittimo attendersi una più esplicita formulazione della disposizione. In realtà ogni dubbio viene fugato non appena si consideri che il codice vigente (come evidenziano, ad esempio, R. Sacco-R. Caterina, *Il possesso*, cit., 452-453) non lega più la buona fede del possessore alla presenza di un titolo; onde non vi è ragione alcuna per circoscrivere il raggio di azione dell'art. 1148 c.c., almeno se non si vuole sovrapporre al dato positivo una costruzione concettuale aprioristica. Pertanto, ove l'atto di trasferimento sia dichiarato nullo (ovvero annullato, risolto o rescisso), il proprietario dispone di due diversi rimedi per recuperare il possesso del bene, perché di entrambi ricorrono i presupposti: l'azione di rivendica (art. 948 c.c.) e l'azione di ripetizione dell'indebito (art. 2037 c.c.). Deve però aggiungersi che, sul piano degli effetti, vi è una piena convergenza tra la disciplina del rapporto tra proprietario e possessore e quella del rapporto tra *solvens* e *accipiens*, sia con riferimento al regime dei frutti (l'art. 2033 c.c. ricalca l'art. 1148 c.c.), sia con riferimento ai rimborsi dovuti all'*accipiens* (l'art. 2040 c.c. rinvia testualmente alla disciplina del possesso); l'*accipiens* – osserva U. Natoli, *Il possesso*, cit., 176-177 – «viene trattato a tutti gli effetti come un possessore, quale, in definitiva, egli è e deve essere considerato».

frutti ad un terzo, regola individuabile nell'art. 1478 c.c. solo nel caso in cui si ritenga che il proprietario della cosa madre acquisti i frutti sin dal momento della loro separazione; si pensi – infine – ad un'eventuale azione esecutiva sui frutti promossa dai creditori del possessore, azione che si dirà fondata solo ove si ritenga che l'acquisto dei frutti in favore del proprietario della cosa madre non si sia ancora perfezionato.

Un'ultima precisazione. È opinione consolidata che l'art. 1148 c.c. non possa essere invocato per risolvere il problema – che pertanto non sarà affrontato dal presente saggio – della spettanza del profitto realizzato dal possessore che utilizzi la cosa quale fattore produttivo nell'ambito della propria attività di impresa; ciò sul presupposto, anch'esso pacifico, che il profitto sia irriducibile alla categoria dei frutti³ e che la distanza concettuale tra i due termini non possa essere colmata neanche attraverso il ricorso all'analogia.

2. – Conviene muovere da quest'ultimo problema, che – declinato in termini appropriati – consiste nella individuazione degli elementi della fattispecie acquisitiva della proprietà dei frutti.

A tal fine occorre ricordare la distinzione, operata dall'art. 820 c.c., tra frutti naturali e frutti civili. I primi provengono direttamente dalla cosa, vi concorra o meno l'opera dell'uomo; i secondi sono costituiti dal corrispettivo del godimento che un terzo abbia della cosa.

L'art. 821, comma I, c.c. stabilisce che i frutti naturali «appartengono al proprietario della cosa che li produce, salvo che la loro proprietà sia attribuita ad altri», e individua nella separazione dalla cosa madre il momento in cui l'acquisto si perfeziona. La disposizione, dunque, detta una regola generale che riconosce la proprietà dei frutti al proprietario della cosa madre, ma contempla anche la possibilità che singole previsioni normative stabiliscano diversamente. In effetti, scorrendo il codice si incontrano diverse ipotesi che deviano dalla regola generale: tralasciando momentaneamente la fattispecie prevista dall'art. 1148 c.c.⁴, ciò accade in

³ R. Sacco-R. Caterina, *Il possesso*, cit., 458; U. Natoli, *Il possesso*, cit., 183-184; O.T. Scozzafava-M. Bellante, *I beni*, in *Tratt. Bessone*, VII, *Beni, proprietà e diritto reali*, I.1, Torino, 2007, 104 e 107; L. Bigliuzzi Geri, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 1979, 126-127.

⁴ In realtà l'art. 1148 c.c. sembra discostarsi dallo schema delineato dall'art. 821 c.c.

materia di usufrutto (art. 984, comma I, c.c.), di uso (limitatamente ai frutti necessari ai bisogni della famiglia del titolare del diritto: art. 1021 c.c.), di affitto (art. 1615 c.c.), di anticresi (art. 1960 c.c.); e non bisogna dimenticare la posizione dell'enfiteuta, equiparata, per quanto concerne il regime dei frutti, a quella del proprietario (art. 959 c.c.). In queste ipotesi la proprietà dei frutti naturali è acquistata dal soggetto, diverso dal proprietario, investito del godimento del bene. Tanto la regola generale quanto le deroghe ad essa rispondono, dunque, alla medesima logica: i frutti naturali vengono acquistati dal soggetto che – in quanto proprietario, usufruttuario, affittuario e via dicendo – vanta un titolo formale che gli attribuisce il godimento della cosa⁵. Si è qui individuato un peculiare modo di acquisto della proprietà (dei frutti) a titolo originario⁶, che ha la sua matrice nella *vis* espansiva riconosciuta alla facoltà di godimento della cosa madre⁷.

Le ipotesi considerate non presentano alcuna difficoltà finché il titolare del diritto reale o personale di godimento abbia la materiale disponibilità della cosa, come normalmente accade. I problemi sorgono laddove il

laddove fa riferimento ad un dato – la percezione dei frutti – differente rispetto a quello della separazione (dei frutti naturali) che compare nell'art. 821 c.c.. Si ritiene però (F. De Martino, *Possesso*, in G. Branca-F. De Martino, *Della proprietà*², in *Comm. Scialoja-Branca*, sub artt. 1100-1172, Bologna-Roma, 1955, 534; Gentile, *Il possesso*, cit., 206-207; U. Natoli, *Il possesso*, cit., 180; A. Masi, *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Proprietà*², II, a cura di G. Palermo-M. Comperti-A. Lener-R. Viganò-R. Masi, in *Tratt. Rescigno*, VIII, Torino, 2002, 604, nt. 19) che il riferimento alla percezione non debba essere inteso in senso tecnico e che non surroggi il rilievo che la separazione assume al fine di determinare il momento in cui si realizza l'acquisto dei frutti (e dunque al fine di distinguere tra frutti precedenti e frutti successivi alla proposizione della domanda).

⁵ G. Venezian, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*², II, Napoli, 1936, 505.

⁶ L. Mosco, *I frutti nel diritto positivo*, Milano, 1947, 535-536. Diverso è invece l'ipotesi in cui il proprietario venda i frutti (naturali) pendenti prima della loro separazione, cioè quale cosa futura (art. 820, comma II, c.c.): qui l'acquisto del terzo ha carattere derivativo e presuppone l'acquisto a titolo originario del dante causa (O. T. Scozzafava-M. Bellante, *I beni*, cit., 109).

⁷ Cfr. S. Pugliatti, *Acquisto del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 515; M. Fragali, *Affitto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 748; L. Barassi, *I diritti reali*, in *Id.*, *Diritti reali e possesso*, I, Milano, 1952, 302-305. Quest'ultimo, in particolare, evidenzia che la proprietà dei frutti deriva e si sviluppa – nel momento stesso in cui questi, con la separazione, diventano beni autonomi – dalla proprietà della cosa madre. Il fondamento giuspolitico di questo meccanismo è dall'A. individuato nella tutela costituzionale della proprietà privata, la quale «importa che al proprietario siano assegnati i redditi del suo capitale; quindi anche la proprietà dei frutti» (pag. 305).

possessore sia un terzo⁸. Qui soccorre in aiuto l'art. 1148 c.c.; ma questa disposizione, a ben vedere, non si pronuncia direttamente sul problema della fattispecie acquisitiva dei frutti, poiché non indica in termini espressi chi ne acquisti la proprietà. L'art. 1148 c.c., piuttosto, si limita a stabilire cosa debba e cosa non debba essere restituito al proprietario; compie cioè, almeno sul piano lessicale, una scelta che incardina la fattispecie sul piano del rimedio restitutorio. Tuttavia il vocabolario esibito dall'art. 1148 c.c. non è stato ritenuto significativo dalla dottrina prevalente, che ha inferito proprio dal regime delle restituzioni il contenuto di ciò che viene acquistato, rispettivamente, dal proprietario e dal possessore perché, a monte, ha individuato il fondamento del regime delle restituzioni proprio nell'assetto proprietario che l'art. 1148 c.c. delinea in ordine ai frutti.

Questo esito, però, non appare convincente, perché trascura un aspetto che connota la vicenda in esame, rendendola del tutto peculiare: la natura fungibile che contraddistingue i frutti.

È noto che le regole che presidiano la circolazione dei beni subiscono significative alterazioni – ma sarebbe più opportuno parlare di meri adattamenti – a fronte di cose che rilevano non per la loro individualità, atteggiandosi dunque quali beni determinati, ma per la loro appartenenza ad un *genus*. Queste cose, nel momento in cui vengono ricevute o percepite da un soggetto, si confondono nel suo patrimonio: il soggetto ne acquista immediatamente la proprietà, risultando obbligato – ove sia prevista una loro successiva riallocazione in una diversa sfera giuridica – alla restituzione del *tantundem eiusdem generis*. Si pensi a quanto accade nel mutuo e nel deposito irregolare, cui è infatti riconosciuta efficacia reale⁹.

La medesima logica presidia la soluzione del problema dell'appropriazione dei frutti: la loro proprietà viene sempre acquistata da chi li percepisce materialmente, residuando poi un obbligo di corrispondere, al soggetto cui essi sono eventualmente riservati da un titolo formale di godimento, il *tantundem eiusdem generis*.

⁸ Bisogna poi considerare l'ipotesi in cui il terzo che abbia la materiale disponibilità del bene sia non già un possessore, ma un detentore. In questo caso la disciplina dei frutti naturali è data dal titolo contrattuale in base al quale il terzo ha la detenzione del bene: è ovvio, ad esempio, che l'affittuario potrà appropriarsi dei frutti, mentre il mandatario cui il bene sia stato consegnato perché provveda a venderlo dovrà consegnare i frutti al mandante.

⁹ Sul punto *cfr.*, però, le riflessioni di A. Gambaro, *I beni*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2012, 158-161.

La peculiare natura dei frutti comporta dunque una primazia del possesso: questo risulta elemento determinante della relativa fattispecie acquisitiva, e degrada l'incidenza della regola attributiva, cioè della regola che governa in ultima istanza gli assetti proprietari, declinandola in una mera obbligazione restitutoria¹⁰; in un'obbligazione il cui adempimento realizza a sua volta, sempre in forza della medesima logica, un tipico pagamento traslativo, poiché trasferisce anche la proprietà di ciò che viene prestato.

3. – Si discosta da questa ricostruzione un'autorevole dottrina¹¹, secondo la quale la restituzione dei frutti imposta dall'art. 1148 c.c. al possessore di mala fede non individua una tutela restitutoria, ma configura un rimedio risarcitorio caratterizzato da una determinazione normativa, attraverso il riferimento ai frutti percepiti e percipiendi, della misura del danno: i frutti verrebbero acquistati dal possessore, anche di mala fede, mentre al proprietario spetterebbe solo il risarcimento del danno patito. Ciò sull'assunto – fondato su una lettura *a contrario* della disposizione e condiviso dalla dottrina maggioritaria – che il possessore di mala fede debba corrispondere al proprietario tanto i frutti percepiti, quanto quelli che avrebbe potuto percepire usando l'ordinaria diligenza, senza alcuna distinzione tra il periodo successivo e quello precedente alla proposizione della domanda¹².

Conviene segnalare i passaggi centrali del raffinato ragionamento¹³ che conduce ad un esito tanto distante rispetto alla *communis opinio*.

¹⁰ Può essere utile, al riguardo, evocare la distinzione – già elaborata da G. Venezian, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, cit., 522 con riferimento al problema dei rapporti tra proprietario e usufruttuario e utilizzata da L. Mosco, *I frutti nel diritto positivo*, cit., 314, 361 e 548-549 – tra il piano dell'«acquisto-appropriazione» e quello dell'«acquisto-appartenenza». Il possessore di mala fede (come il possessore di buona fede, per quanto concerne il momento successivo alla proposizione della domanda) acquista la proprietà dei frutti; ma questo acquisto non realizza un'attribuzione definitiva, perché il regime allocativo delineato dal codice individua nel proprietario (della cosa madre) il soggetto cui spettano i frutti e, a tal fine, predispone un rimedio restitutorio. L'acquisto del possessore di mala fede rileva sul primo dei due piani, non già sul secondo, perché non realizza un incremento patrimoniale stabile; la fattispecie acquisitiva che si perfeziona al momento della separazione (in favore del possessore) rappresenta solo il primo segmento della sequenza attraverso la quale si dispiega la regola attributiva.

¹¹ P. Barcellona, *Frutti (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 204 s.

¹² *Cfr. infra, par. 6.*

¹³ Barcellona, *Frutti (dir. civ.)*, cit., 217-234.

L'interpretazione prevalente – osserva l'Autore – afferma che il proprietario possa domandare al possessore di mala fede tanto la restituzione dei frutti percepiti quanto il risarcimento del danno ulteriore¹⁴. Vi sarebbe dunque un concorso tra un rimedio restitutorio, attraverso il quale il proprietario recupera i frutti di cui avrebbe già acquistato la proprietà sin dal momento della separazione, e un rimedio risarcitorio diretto a riparare l'eventuale maggiore danno patito dal proprietario: la lesione del godimento cagionata dal possesso altrui del bene integrerebbe infatti una fattispecie aquiliana. «Per verificare l'esattezza di questa interpretazione occorre vedere se l'art. 1148 c.c. consente ancora il ricorso all'art. 2043 c.c. per quanto riguarda il risarcimento dei danni.

Precisamente occorre vedere se restituzione e risarcimento sono posti nel sistema come rimedi compatibili¹⁵. Tale compatibilità è secondo l'Autore predicabile solo in quanto si possa escludere che i frutti siano dovuti al proprietario a titolo di risarcimento: in caso contrario cadrebbe l'assunto che l'art. 1148 c.c., contemplando una tutela restitutoria, indirettamente risolve il problema dell'acquisto dei frutti; questa disposizione si inscriverebbe nell'orizzonte di una tutela risarcitoria, ponendosi – in questo peculiare ambito normativo – quale regola di responsabilità sostitutiva dell'art. 2043 c.c.

Il cuore della questione è dunque stabilire se il proprietario possa domandare al possessore di mala fede la restituzione dei frutti per recuperare ciò di cui ha già acquistato la proprietà ovvero per reagire alla lesione del godimento patita, cioè se il rimedio previsto dall'art. 1148 c.c. abbia natura restitutoria o risarcitoria.

Per rispondere a questa domanda l'Autore si interroga sui mezzi di tutela di cui dispone l'affittuario che sia stato spogliato del bene da un terzo. La soluzione deve essere ricercata sempre nell'art. 1148 c.c. che, sebbene riguardi espressamente solo il conflitto tra proprietario e possessore, detta una regola applicabile ogniqualvolta venga privato del bene il soggetto avente diritto ad appropriarsi dei frutti, anche in forza di un diritto personale di godimento. L'affittuario ha dunque diritto alla restituzione dei frutti percepiti dal possessore di mala fede; ma è certo che questa pretesa non sia fondata sulla proprietà dei frutti, perché – questo è il passaggio devisivo –

¹⁴ Cfr., ad esempio, U. Natoli, *Il possesso*, cit., 232-233.

¹⁵ P. Barcellona, *Frutti (dir. civ.)*, cit., 222.

«può fondatamente dubitarsi che il titolare di un diritto personale di godimento (comodatario, affittuario...) acquisti la proprietà dei frutti nonostante la privazione del possesso»¹⁶. La posizione dell'affittuario spogliato del bene è infatti assimilabile a quella dell'affittuario cui il bene non sia stato ancora consegnato; e, con riferimento a questa seconda ipotesi, «non pare dubbio che il contratto attribuisca solo il diritto a conseguire il godimento e non anche la proprietà dei frutti, che si pone come un'ulteriore conseguenza connessa all'attività di gestione e al rapporto di fatto con il bene»¹⁷. L'affittuario privato del godimento diretto non acquista dunque la proprietà dei frutti, ma soltanto un credito di natura risarcitoria alla restituzione del loro valore. E, dovendosi ritenere che l'art. 1148 c.c. regola unitariamente il conflitto tra possessore e titolare del godimento del bene, qualunque sia il titolo di tale godimento, deve riconoscersi, anche con riferimento al conflitto tra proprietario e possessore di mala fede, «la natura obbligatoria e il carattere risarcitorio della pretesa in restituzione»: l'art. 1148 c.c. detta dunque una regola di responsabilità sostitutiva dell'art. 2043 c.c.¹⁸

Un secondo argomento per negare che la pretesa del proprietario alla restituzione dei frutti sia fondata su un già avvenuto acquisto della proprietà degli stessi – e dunque per affermare che tale pretesa abbia natura risarcitoria – viene desunto dall'Autore esaminando il caso in cui il possessore di mala fede abbia a sua volta ceduto il bene in godimento dietro corrispettivo. L'art. 1148 c.c. codifica espressamente l'obbligo del possessore di riversare il canone di locazione, quale frutto civile, al proprietario; ma certamente non può affermarsi che questa obbligazione si radichi sulla proprietà di questi frutti¹⁹.

Conclusione: l'art. 1148 c.c. disciplina esclusivamente la responsabilità del possessore; intende cioè risolvere il conflitto aquiliano che si apre quando un soggetto si impossessa di un bene il cui godimento è riservato ad un terzo. Ciò esclude che la disposizione in parola, come sostiene la dottrina prevalente, intenda risolvere *in via diretta* – attraverso la somministrazione di

¹⁶ P. Barcellona, op. cit., 224.

¹⁷ P. Barcellona, op. cit., 224. In effetti in questa ipotesi rileva l'inadempimento del concedente dell'obbligo di consegnare la cosa all'affittuario; la tutela riconosciuta a quest'ultimo ha dunque carattere risarcitorio. Così M. Giorgianni, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano, 1940, 216.

¹⁸ P. Barcellona, *Frutti (dir. civ.)*, cit., 226.

¹⁹ P. Barcellona, op. cit., 220 e 225-226.

un rimedio restitutorio – il conflitto attributivo che si delinea tra proprietario e possessore in ordine ai frutti. L'art. 1148 c.c. si pone dunque su un piano diverso rispetto all'art. 821 c.c. e alle altre disposizioni che individuano nel soggetto cui compete il godimento della cosa madre colui che acquista la proprietà dei frutti.

Tuttavia la scelta del codice di negare al proprietario un rimedio restitutorio e di attribuirgli un mero rimedio risarcitorio presuppone che la proprietà dei frutti venga acquistata dal possessore: «il fondamento dell'acquisto dei frutti deve ricercarsi nel possesso della cosa madre, inteso in senso lato come gestione economica del bene produttivo nel proprio interesse»²⁰. Non rileva su questo piano, sebbene la lettera dell'art. 1148 c.c. sembra indicare il contrario, la circostanza che il possesso sia connotato dalla buona o dalla mala fede, essendo la mala fede decisiva solo ai fini dell'ascrizione al proprietario di un rimedio risarcitorio.

Le conseguenze dell'accoglimento di questa tesi sono evidenti, e molto impegnative: il perno della fattispecie acquisitiva dei frutti sarebbe sempre e solo il dato materiale del rapporto di fatto con la cosa. Ciò – sembra potersi aggiungere – anche quando non vi sia una divaricazione tra il soggetto che possiede il bene e il soggetto cui ne è attribuito il godimento da un titolo formale: il codice individuerebbe ora nel proprietario, ora nell'usufruttuario, ora nell'affittuario (e via dicendo) il soggetto che normalmente acquista i frutti sol perché assume, conformemente all'*id quod plerumque accidit*, che la cosa madre sia nelle sue mani.

Tuttavia il serrato argomentare di cui la tesi illustrata si alimenta non appare condivisibile in uno dei suoi snodi fondamentali.

L'Autore prospetta solo due qualificazioni alternative dell'obbligazione del possessore di corrispondere al proprietario i frutti percepiti: la prima le attribuisce natura restitutoria, la seconda natura risarcitoria. La prima, in particolare, presupporrebbe necessariamente che il proprietario abbia acquistato la proprietà dei frutti. L'Autore assume infatti che il rimedio in parola integri una tutela restitutoria solo se e in quanto sia diretto a recuperare un bene di cui l'attore abbia già la proprietà. Di conseguenza sarebbe sufficiente escludere l'avvenuto acquisto della proprietà dei frutti perché il rimedio in parola venga definitivamente sospinto nell'area delle

²⁰ P. Barcellona, op. cit., 233.

tutele risarcitorie.

Questo passaggio tuttavia appare discutibile, perché circoscrive le tutele restitutorie all'interno di un ambito ristretto, caratterizzato dall'esigenza di un mero riallineamento del piano del fatto a quello del diritto (se si preferisce, della situazione possessoria all'assetto proprietario). È qui evidente l'eco del principio che nega efficacia traslativa alle attribuzioni patrimoniali prive di giustificazione causale e che connota la ripetizione dell'indebito come rimedio diretto a recuperare quanto già appartiene sul piano formale a chi promuove la relativa azione.

Tuttavia i frutti naturali, a motivo della fungibilità che li caratterizza, delineano una vicenda differente: come si è già detto, il possessore ne acquista la proprietà, perché essi si confondono nel suo patrimonio, residuando poi un obbligo di corrispondere al proprietario il *tantundem eiusdem generis*.

Questa primazia del rapporto materiale con i frutti, che necessariamente si traduce nella proprietà degli stessi, è un esito cui perviene anche la tesi sopra illustrata, percorrendo però una diversa strada, cioè fondandolo sul dato della natura risarcitoria dell'obbligo di restituire i frutti gravante sul possessore di mala fede. Tale esito, come si è detto, muove dall'assunto che al rimedio in parola possa essere riconosciuta natura restitutoria solo se esso risulti fondato sulla proprietà dei frutti; assunto – questo – erroneo, perché non è sufficiente escludere che il proprietario della cosa madre abbia già acquistato la proprietà dei frutti per negare che il rimedio a lui dato abbia natura restitutoria e per collocarlo, dunque, nell'area delle tutele risarcitorie. Nell'ipotesi in esame l'obbligo di corrispondere al proprietario i frutti percepiti, dove il corrispondere implica non solo il momento fattuale della consegna ma anche l'effetto traslativo della proprietà, ha certamente natura restitutoria, perché è pur sempre funzionale a realizzare gli assetti allocativi delineati dalla regola, tipicamente attributiva, che individua il soggetto cui i frutti competono.

Con questo non si vuole disconoscere che il possesso di un bene altrui possa aprire anche un conflitto aquiliano, perché certamente il proprietario spogliato del bene subisce un danno. In effetti, la vicenda della riallocazione dei frutti nella sfera del soggetto cui competono può essere ricostruita e presentata in due diversi modi: può dirsi che il problema normativo sia consentire ad un soggetto di appropriarsi delle utilità che una regola

attributiva gli riconosce, oppure può dirsi che il problema normativo sia riparare il danno che lo stesso soggetto lamenta per non avere conseguito tali utilità; la prospettiva adottata condiziona la qualificazione del rimedio, che in un caso avrà natura restitutoria e nell'altro risarcitoria. Ma la veste giuridica più appropriata alla vicenda della riallocazione dei frutti nella sfera del soggetto cui competono, perché più coerente con la sua reale dinamica, è quella del rimedio restitutorio.

Il tentativo di presentare la restituzione dei frutti percepiti come un rimedio risarcitorio si scontra poi con un ulteriore argomento.

Secondo l'Autore in esame, il riferimento ai frutti percepiti rappresenta una forma di determinazione normativa del danno cagionato al proprietario dal possesso altrui: «il valore del godimento corrisponde tendenzialmente ai frutti ed è evidente che il legislatore ha inteso in tal modo semplificare il problema della valutazione del danno per lesione del godimento»²¹. Questa corrispondenza, però, è solo tendenziale: può verificarsi anche una discrepanza tra il danno subito e il valore dei frutti percepiti. Non a caso l'Autore avverte che l'art. 1148 c.c. «dà luogo ad una limitazione della responsabilità del possessore. La limitazione del danno al valore obiettivo del godimento, infatti, importa la non risarcibilità dell'eventuale lucro cessante che il soggetto privato del bene avrebbe potuto ricavare in concreto dai frutti o dal bene, e delle altre utilità e vantaggi connessi con la situazione di fatto»²². Può anche accadere il contrario, cioè che il valore dei frutti che il possessore è tenuto a restituire risulti maggiore del danno cagionato alla sfera patrimoniale del proprietario: non può escludersi infatti che il possessore sia in grado di realizzare uno sfruttamento produttivo del bene più efficiente. Qui la costruzione in esame entra in crisi, perché l'idea di un risarcimento eccedente rispetto al danno espone la struttura della tutela risarcitoria ad una torsione logica insostenibile. Non a caso l'Autore è costretto ad ammettere che in questo caso «i frutti effettivamente percepiti rileveranno unicamente come elementi per calcolare l'oggetto della restituzione; così che, se la produttività maggiore dipende da investimenti o da particolari qualità del possessore, di ciò potrà tenersi conto»²³.

Insomma: il meccanismo della predeterminazione normativa della misura

²¹ P. Barcellona, op. cit., 231.

²² P. Barcellona, op. cit., 232.

²³ P. Barcellona, op. cit., 231.

del risarcimento incrina la logica del rimedio e sfalda la coerenza della costruzione.

Non è chiaro, poi, come debba essere inteso il riferimento ai frutti percepiti nel caso in cui il bene abbia prodotto frutti naturali. Ci si chiede cioè, se l'obbligazione risarcitoria abbia anche in questo caso natura pecuniaria e sia commisurata al valore dei frutti percepiti, ovvero se oggetto della restituzione debbano essere i frutti in natura, come la lettera dell'art. 1148 c.c. lascia intendere; il che costringerebbe a collocare la fattispecie nel problematico alveo del risarcimento in forma specifica.

Infine: ai sensi degli artt. 1149 e 1150, comma IV, c.c. il possessore tenuto a restituire i frutti indebitamente percepiti ha diritto al rimborso delle spese sostenute tanto per la produzione e per il raccolto dei frutti, quanto per le riparazioni ordinarie.

La presenza di queste disposizioni in esame depone a favore della diversa opzione che qualifica come restitutorio il rimedio consegnato al proprietario: posta a carico del possessore un'obbligazione restitutoria avente ad oggetto i frutti percepiti sorge l'esigenza di prevedere un'obbligazione restitutoria di segno contrario avente ad oggetto il rimborso delle spese *medio tempore* sostenute. Laddove questa esigenza non si dovrebbe porre a fronte di un rimedio risarcitorio, atteso che in questa prospettiva le spese sostenute dal possessore dovrebbero semplicemente concorrere, senza godere di un'autonoma considerazione, nella determinazione complessiva del danno.

4. – L'art. 821 c.c. nulla dice, invece, sul soggetto cui competono i frutti civili, limitandosi a dettare una regola – secondo la quale essi vengono acquistati giorno per giorno, in ragione della durata del diritto – relativa al profilo temporale della fattispecie. Questo silenzio appare opportuno: quando, ad esempio, un bene viene concesso in locazione, il conduttore deve corrispondere il canone al locatore, risultando al tal fine irrilevante la posizione giuridica che quest'ultimo ha rispetto al bene. La direzione soggettiva dell'obbligazione del conduttore è infatti insensibile alla circostanza che il locatore sia il proprietario del bene o se lo possieda *sine titulo* (il ventaglio delle ipotesi prospettabili, ovviamente, ha nella proprietà e nel possesso senza titolo solo i suoi due estremi, ma contempla un'estrema varietà di casi: il locatore può essere un usufruttuario, un comunista, un conduttore, un comodatario e via dicendo). È dunque il contratto con il

quale viene concesso al terzo il godimento del bene ad individuare il soggetto creditore del relativo corrispettivo²⁴.

In effetti, vi è una differenza fondamentale tra frutti naturali e frutti civili: i primi, dal momento della separazione dalla cosa madre, costituiscono un nuovo bene giuridico e pongono il problema – alla cui soluzione è preordinato l'art. 821, comma I, c.c. – della individuazione del soggetto che ne acquista la proprietà. I frutti civili, invece, sorgono nelle forme di un diritto di credito avente ad oggetto il corrispettivo del godimento della cosa²⁵. Qui non vi è un nuovo bene di cui occorra definire il regime proprietario²⁶. Si pone, piuttosto, il problema della titolarità del credito; ma questo problema trova soluzione, come si è detto, nel titolo contrattuale in forza del quale il godimento del bene viene concesso al terzo. Si spiega così l'asimmetria tra la disciplina dei frutti naturali e quella dei frutti civili che l'art. 821 c.c. registra.

Problema ulteriore è stabilire se ed eventualmente con quale strumento il locatore sia tenuto a riversare al proprietario quanto percepito a titolo di canone²⁷.

Può accadere – questa è la prima ipotesi – che il locatore sia stato investito della detenzione del bene dal proprietario in forza di un contratto, ad esempio, di locazione, di comodato o di mandato: il conflitto che si profila tra proprietario e locatore in ordine all'appropriazione delle utilità

²⁴ R. Sacco-R. Caterina, *Il possesso*, cit., 451; A. Dimundo, *Frutti civili*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, 563. In senso contrario U. Natoli, *Il possesso*, cit., 171, secondo il quale la regola dettata dall'art. 821 c.c. per i frutti naturali varrebbe, *mutatis mutandis*, anche per i frutti civili.

²⁵ In termini chiari *cf.* O. T. Scozzafava-M. Bellante, *I beni*, cit., 105. È discusso se possa essere considerato quale frutto già il diritto di credito avente ad oggetto il canone di locazione (G. Pugliese, *Usufrutto, uso e abitazione*², in *Tratt. Vassalli*, IV, 5, Torino, 1972, 346 e 361) ovvero la somma che viene corrisposta a titolo di pagamento (L. Bigliuzzi Geri, *Usufrutto, uso e abitazione*, cit., 131).

²⁶ È un bene (ma non nuovo: anche in questo è evidente la differenza rispetto ai frutti naturali) la somma di denaro che il terzo è obbligato a pagare quale corrispettivo del godimento (della cosa madre). Di questo denaro il proprietario (della cosa madre) acquista la proprietà (a titolo derivativo) solo nel momento in cui il pagamento ha luogo. Per questa opportuna precisazione *cf.* L. Mosco, *I frutti nel diritto positivo*, cit., 576.

²⁷ Come sottolinea P. Barcellona, *Frutti (dir. civ.)*, cit., 217 titolarità del credito e spettanza dei frutti sono profili distinti e non necessariamente coincidenti; in particolare i frutti possono spettare ad un soggetto diverso dal locatore, come accade ad esempio nel caso di successione nel godimento della cosa madre.

che il secondo ha tratto dal bene (*sub specie* di canone di locazione) trova la sua soluzione nelle regole che presidiano il rapporto contrattuale in forza del quale il locatore detiene il bene.

La seconda ipotesi ricorre quando il locatore è un possessore senza titolo²⁸. Qui difetta un rapporto contrattuale con il proprietario che fornisca o consenta di individuare la regola di soluzione del conflitto appropriativo sui frutti civili conseguiti attraverso la locazione del bene. Si spiega così perché il codice detti, con l'art. 1148 c.c., una regola specifica.

Come si è detto, il rimedio riconosciuto da questa disposizione ha certamente carattere restitutorio²⁹: la tutela infatti è diretta non già a riparare, attraverso una misura risarcitoria, il danno subito dal proprietario, ma a rimuovere la difformità che la situazione di fatto presenta rispetto ai regimi attributivi dei frutti previsti dalla legge³⁰. Deve però chiarirsi che detto rimedio non ha carattere reale. Esso infatti non è diretto, come accade nel caso dell'azione di rivendica *ex art.* 948 c.c., ad ottenere la restituzione di un bene determinato, perché i frutti civili e i frutti naturali sono costituiti, rispettivamente, da somme di denaro e da altre cose fungibili che si confondono nel patrimonio del possessore al momento della loro materiale apprensione e di cui sarà restituito il *tantundem*. Pertanto la tutela del proprietario si realizza attraverso il sorgere di un'obbligazione restitutoria e si concretizza in un'azione personale³¹. Da ciò discende che l'obbligazione restitutoria configura sempre un debito di valuta, risultando a tal fine irrilevante – nel caso dei frutti naturali – il fatto che essi siano stati

²⁸ Secondo l'opinione comune (*cf.* per tutti A. Luminoso, *I contratti tipici e atipici*, I, *Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, in *Tratt. Indica-Zatti*, Milano, 1995, 466-470) è irrilevante, ai fini della validità del contratto, che il locatore non vanti alcun diritto sulla cosa. È sufficiente che il locatore ne assicuri al conduttore il pacifico godimento: ma ciò riguarda il piano dell'esecuzione del contratto e di un suo eventuale inadempimento.

²⁹ *Cfr.* U. Natoli, *Il possesso*, cit., 189, il quale osserva che qui l'obbligazione restitutoria è riconducibile al modello del pagamento dell'indebito e dell'arricchimento senza causa.

³⁰ Sulla tutela restitutoria *cf.* A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*^A, Milano, 2003, 319 s. (che individua uno degli ambiti di azione dei rimedi restitutori proprio nelle fattispecie caratterizzate dall'appropriazione di utilità che sono oggetto di un diritto altrui o che comunque spettano ad altri) e S. Mazzamuto-A. Plaia, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012, 44-50.

³¹ Sulla possibilità che i rimedi restitutori presentino carattere ora reale, ora personale *cf.* ancora A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 322.

consumati o venduti³².

5. – Si consideri ora il conflitto tra proprietario e possessore di buona fede: occorre chiedersi se il primo può domandare, oltre alla restituzione dei frutti (nei limiti in cui ciò è previsto dall'art. 1148 c.c.), il risarcimento del danno *ex art.* 2043 c.c.

Al riguardo occorre una premessa: la circostanza che la posizione del possessore sia connotata dalla buona fede non preclude che la lesione arrecata al diritto del proprietario gli sia imputabile, sul piano soggettivo, a titolo di colpa. Conviene chiarire questo passaggio.

La buona fede consiste nella ignoranza di ledere altrui diritto. Qui l'ignoranza rileva in termini oggettivi, indipendentemente dalla sua riconducibilità ad un contegno colposo del soggetto³³; lo si deduce dal fatto che il codice si preoccupa di aggiungere che la buona fede non giova ove l'ignoranza dipenda da una colpa grave del soggetto (art. 1147, comma II, c.c.): ciò per un verso comporta, sul piano degli effetti, l'assimilazione di una buona fede determinata da colpa grave alla mala fede³⁴, ma per altro verso conferma che alla valutazione dello stato di buona o di mala fede è del tutto estranea ogni considerazione in ordine alla soglia di cautela, di avvedutezza e di diligenza sulla quale riposa l'ignoranza del soggetto. La colpa grave, dunque, non esclude la buona fede³⁵, perché l'ignoranza di ledere l'altrui diritto è il dato necessario e sufficiente a determinare uno stato di buona fede. La buona fede, poi, può essere incolpevole e colposa: se la colpa è

³² Sul punto in dottrina si registrano voci dissonanti. Secondo U. Natoli, *Il possesso*, cit., 188-190 e A. Masi, *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, cit., 606 la restituzione dei frutti civili e dei frutti naturali ancora esistenti nel patrimonio del possessore configura un debito di valuta, mentre la restituzione dei frutti naturali consumati o venduti configura un debito di valore, di cui occorre liquidare l'ammontare con riferimento al momento della proposizione della domanda. Ovviamente la diversa qualificazione dell'obbligazione comporta una diversa allocazione del costo della svalutazione monetaria *medio tempore* occorsa. Secondo R. Sacco-R. Caterina, *Il possesso*, cit., 459 l'obbligazione restitutoria avrebbe natura ora di debito di valore, ora di debito di valuta, a seconda che abbia ad oggetto, rispettivamente, frutti naturali o civili (così anche, in giurisprudenza, Cass. 19-11-1992, n. 12362). Ritiene invece F.S. Gentile, *Il possesso*, cit., 207-208 che l'obbligazione in parola configuri sempre un debito di valore.

³³ Cfr. L. Mengoni, *Acquisti "a non domino"*, Milano, 1994, 320-321.

³⁴ Cfr. per tutti A. Masi, *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, cit., 602.

³⁵ U. Natoli, *Il possesso*, cit., 132.

grave – lo è quando lo stato di ignoranza discende da una grave negligenza, dal *non intelligere quod omnes intelligunt* – il possesso, pur essendo connotato da buona fede, è soggetto alla disciplina del possesso di mala fede; ma può aversi un possesso di buona fede anche quando l'ignoranza di ledere l'altrui diritto è connotata da colpa lieve.

Ora: questa colpa lieve, irrilevante ai fini della disciplina dettata dall'art. 1148 c.c., certamente potrebbe assumere rilievo quale elemento soggettivo di una fattispecie aquiliana. Cade così il tentativo di risolvere negativamente il problema dell'accesso del proprietario ad una tutela risarcitoria sulla base di una mera incompatibilità tra buona fede del possesso e colpa.

Peraltro non è chiaro se la regola sulla irrilevanza di una mala fede sopraggiunta (art. 1147, comma III, c.c.) operi anche nel contesto della responsabilità civile, cioè in un contesto in cui l'elemento centrale della fattispecie non è più il possesso (onde risulta determinante il modo in cui esso si connota), ma la lesione del diritto di proprietà. In caso di risposta negativa si recupererebbe un ampio spazio di azione al rimedio risarcitorio, individuato dalle ipotesi in cui il possessore transiti da un originario stato di buona fede (non connotato da colpa grave) ad uno stato di mala fede.

Ciò premesso, la possibilità che il proprietario domandi, accanto alla restituzione dei frutti, il risarcimento del danno *ex art. 2043 c.c.* è esclusa tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza. Tuttavia, se la soluzione adottata è corretta nel suo esito, poco convincenti appaiono gli argomenti cui si ricorre.

La dottrina considera sufficiente una constatazione: attribuire al proprietario il rimedio aquiliano nei confronti del possessore di buona fede sarebbe palesemente contraddittorio con il contenuto precettivo dell'art. 1148 c.c., che assegna espressamente al secondo i frutti percepiti prima della proposizione della domanda³⁶. Il risarcimento del danno determinerebbe

³⁶ R. Sacco-R. Caterina, *Il possesso*, cit., 461; P. Sirena, *La gestione di affari altrui: ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, cit., 131.

Una diversa spiegazione è invece offerta da U. Natoli, *Il possesso*, cit., 225-226. L'A. evidenzia che il codice pone sullo stesso piano tanto il possessore di buona fede cui non sia imputabile colpa alcuna, quanto quello la cui ignoranza di ledere l'altrui diritto dipende da una colpa lieve; onde, come il primo certamente non risponde di danno alcuno nei confronti del proprietario, così non ne risponde neanche il secondo. Tuttavia questa deduzione logica appare viziata da un presupposto errato: la circostanza che le due figure siano assimilate ai fini del regime dei frutti (art. 1148 c.c.) non implica che lo siano anche ai fini del rimedio

una riallocazione nella sfera del proprietario di utilità che invece la disposizione riserva espressamente al possessore: onde l'accesso alla tutela risarcitoria frustrerebbe la volontà normativa incarnata nell'art. 1148 c.c.. Insomma: viene rilevata una incompatibilità tra il regime attributivo dei frutti delineato dal codice e la tutela risarcitoria che il proprietario, lamentando la lesione del proprio diritto, potrebbe ottenere per mezzo dell'art. 2043 c.c.. L'art. 1148 c.c. viene dunque presentato quale risposta esclusiva al conflitto tra proprietario e possessore di buona fede, quale regola speciale che si sostituisce al rimedio aquiliano.

Ancor più laconico è l'iter argomentativo percorso dalla giurisprudenza. In una recente pronuncia la Corte di Cassazione ha infatti escluso la risarcibilità del danno in ipotesi lamentato dal proprietario sul mero rilievo che l'art. 1148 c.c. non la contempla³⁷. Non sembra però che una conclusione tanto impegnativa possa essere sostenuta con un argomento letterale, fondato sull'assenza di una espressa riserva, altrove prevista (art. 948 c.c.), in favore del rimedio risarcitorio.

Talora poi il problema dell'accesso del proprietario al rimedio risarcitorio nei confronti del possessore di buona fede è stato affrontato muovendo dalla prospettiva della (controversa) illiceità del possesso di buona fede. In effetti, se la difformità tra stato di fatto e *jus possidendi* denota il possesso di buona fede quale fatto obbiettivamente antiggiuridico, la tutela che il codice gli riconosce, anche sul piano della disciplina dei frutti, sembra sfumare tal connotato di illiceità fino ad elidirlo³⁸. Tuttavia, questo modo di impostare il

aquiliano.

³⁷ Cass. 3-3-2010, n. 5091, in *Giur. it.*, 2010, 2030 s.

³⁸ Sulla dialettica tra carattere antiggiuridico del possesso di buona fede (senza titolo) e tutela ad esso riconosciuta *cf.* le considerazioni di R. Sacco-R. Caterina, *Il possesso*, cit., 24 e 449-451. Secondo questi A. dall'art. 1147 c.c. emerge in modo netto l'antigiuridicità del possesso, salvo che sia consentito dal proprietario. Ne discende una critica nei confronti dei tentativi di qualificare il possesso quale diritto soggettivo, interesse legittimo o aspettativa, critica però sfumata dalla ritenuta incapacità di queste categorie concettuali di fornire regole operative per la soluzione dei conflitti tra proprietario, possessore e terzi. Tuttavia, in un passaggio successivo della loro riflessione (pag. 461-462), gli A. constatano che l'attribuzione del rimedio aquiliano al proprietario nei confronti del possessore di buona fede contraddirebbe il regime dei frutti statuito dall'art. 1148 c.c. e concludono che in forza di quest'ultima disposizione «il possesso di buona fede perde la sua qualifica di fatto subbiettivamente antiggiuridico e diventa idoneo a produrre l'obbligo di risarcire il danno». In questo senso *cf.* anche U. Natoli, *Il possesso*, cit., 225.

problema non appare corretto. È infatti un dato acquisito che l'asse portante della fattispecie aquiliana non è l'illiceità della condotta, ma l'ingiustizia del danno³⁹.

Si impone allora un mutamento di prospettiva: occorre infatti domandarsi se il danno lamentato dal proprietario privato del possesso del bene, sia pure da un soggetto in buona fede, integri gli estremi della ingiustizia. La risposta a questa domanda potrebbe apparire scontata: il diritto di proprietà è il prototipo del diritto soggettivo, la sua lesione rappresenta – per definizione – un danno ingiusto. Ma l'art. 1148 c.c. conduce a conclusioni diverse.

In effetti questa disposizione veicola innanzitutto una regola attributiva, poiché consente al possessore di buona fede di appropriarsi dei frutti maturati prima della proposizione della domanda⁴⁰. Questa regola, tuttavia, non concerne solo il regime dei frutti, ma parla anche del regime della cosa madre: essa indica che al possessore di buona fede il codice riconosce il godimento della cosa, sottraendolo – questo è il passaggio decisivo – al proprietario⁴¹. La percezione dei frutti rappresenta infatti momento

³⁹ Per tutti: R. Scognamiglio, *Illecito (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1962, 171-172; Id., *Responsabilità civile*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1968, 637-639; S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 50 s. e 107 s.; C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006, 17 s.

⁴⁰ Che il possessore di buona fede acquisti la proprietà dei frutti separati è opinione unanime: *cf.* per tutti L. Barassi, *I diritti reali*, cit., 310. L'A. individua la *ratio* di questa previsione nella prevalenza della gestione produttiva del bene posta in essere dal possessore rispetto all'inerzia del proprietario e ne sottolinea l'eccezionalità rispetto alla regola generale dettata dall'art. 821 c.c., che invece assume la proprietà del capitale, non già il lavoro, quale criterio sotteso al regime attributivo dei frutti. La priorità riconosciuta al lavoro quale fattore della produzione, che rappresenta un momento di forte discontinuità rispetto al principio proprietario, è però condizionata alla buona fede del possessore.

Parzialmente diversa, e isolata, è la posizione di L. Mosco, *I frutti nel diritto positivo*, cit., 549-550, secondo il quale bisogna distinguere il dato della separazione da quello della percezione: il possessore di buona fede acquisterebbe la proprietà di tutti i frutti separati prima della proposizione della domanda, ma potrebbe trattenere solo quelli (separati e) anche percepiti. Solo l'acquisto dei frutti separati e percepiti avrebbe carattere definitivo, dovendo quelli separati ma non percepiti essere restituiti al proprietario (della cosa madre).

⁴¹ Per uno spunto in questo senso *cf.* L. Barassi, *I diritti reali*, cit., 311, il quale sottolinea che «l'analogia tra il possesso di buona fede e la proprietà è molto grande», nonché Mosco, *I frutti nel diritto positivo*, cit., 43 (nel periodo anteriore alla proposizione della domanda al possessore di buona fede «viene riconosciuto dalla legge un legittimo godimento della cosa») e 547-549, ove si evidenzia che la rilevanza del possesso di buona fede eccede la soglia della

fondamentale del godimento della cosa madre, il quale consiste – appunto – nell'uso e nello sfruttamento della stessa. Pertanto, quando sulla cosa si incardina un possesso di buona fede, il diritto di proprietà viene compresso nel suo contenuto e il godimento viene attribuito al possessore di buona fede⁴², il quale proprio per questo motivo si appropria dei frutti⁴³. Ciò finché il proprietario non si riattiva proponendo la domanda di restituzione: a partire da questo momento il quadro muta; l'attribuzione dei frutti al proprietario è infatti segnale e conseguenza della cessazione della tutela riconosciuta alla posizione possessoria e della riespansione delle prerogative proprietarie.

Si comprende allora la ragione per cui il proprietario non dispone, nei confronti del possessore di buona fede, della tutela risarcitoria prevista dall'art. 2043 c.c.: le utilità che il primo recupererebbe attraverso la misura

mera sanzione del fatto compiuto, perché l'acquisto dei frutti, non essendo accompagnato da un'obbligazione restitutoria, ha carattere definitivo (volendo utilizzare lo schema concettuale illustrato *supra*, nt. 10, si potrebbe dire che tale acquisto rilevi sul piano sia dell'appropriazione, sia dell'appartenenza).

In senso contrario *cfr.* G. Venezian, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, cit., 563-564 e U. Natoli, *Il possesso*, cit., 153-154 e 172. Quest'ultimo A. nega che l'art. 1148 c.c. sia l'indice di una particolare facoltà di godimento riconosciuta al possessore di buona fede: «da norma dell'art. 1148 c.c. si limita a porre una deroga al principio generale dell'art. 821 c.c. a favore del possessore e in considerazione della sua buona fede, prospettando quindi non il diritto di costui all'acquisto dei frutti, ma il suo acquisto dei frutti per effetto del possesso di buona fede: in altri termini, un particolare modo di acquisto della proprietà dei frutti». L'osservazione non sembra condivisibile: la circostanza che l'art. 1148 c.c., nella prospettiva dei frutti percepiti, individui una fattispecie acquisitiva non esclude che essa (non solo possa, ma) debba essere considerata anche nella prospettiva della posizione giuridica del possessore in ordine alla cosa madre.

⁴² L. Mosco, *I frutti nel diritto positivo*, cit., 547-549.

⁴³ Una dinamica analoga si verifica quando sul bene insiste un usufrutto. Questo accostamento appare anomalo finché si ritiene che la costituzione di un usufrutto comporti la disarticolazione del contenuto del diritto di proprietà e l'attribuzione di una parte di esso – la facoltà di godimento – all'usufruttuario; vicenda – questa – che in effetti solo un titolo formale potrebbe giustificare. Tuttavia la migliore dottrina (L. Mosco, *op. cit.*, 317-318; U. Natoli, *La proprietà. Appunti delle lezioni*², Milano, 1976, *passim* e L. Bigliazzi Geri, *Usufrutto, uso e abitazione*, cit., 21-25) ha evidenziato che la costituzione di un usufrutto non comporta né il frazionamento del diritto di proprietà, né la sottrazione al proprietario di una parte delle sue facoltà: il contenuto della proprietà, sul piano formale, resta immutato, ma l'insistenza sul bene di un diritto concorrente, che opera come un limite esterno, comporta una compressione della possibilità di esercitare le prerogative proprietarie.

risarcitoria competono infatti al secondo.

È dunque improprio fondare il diniego della tutela risarcitoria su un argomento, la sua incompatibilità con la soluzione normativa del conflitto offerta dall'art. 1148 c.c., che comunque presuppone che lo stesso conflitto possa trovare soluzione, perché ad esso riconducibile, anche nell'art. 2043 c.c.. Non vi è un concorso tra le due fattispecie normative e, conseguentemente, non vi è alcuna necessità di ricercare le ragioni della prevalenza dell'una sull'altra attraverso il criterio della specialità.

L'art. 1148 c.c. opera su due fronti diversi: per un verso, è regola attributiva dei frutti ma, per altro verso, sancendo che il godimento della cosa madre compete al possessore di buona fede, si atteggia quale regola conformativa delle posizioni giuridiche che insistono su di essa. L'art. 2043 c.c., quale regola conservativa, è chiamata a preservare questo assetto appropriativo e non può alterarlo surrettiziamente, come accadrebbe se al proprietario fosse concessa la possibilità di recuperare, attraverso il rimedio risarcitorio, le utilità che sono invece riconosciute al possessore.

Conferma la ricostruzione proposta quanto succede quando il possessore di buona fede danneggia o distrugge la cosa: in questo caso cade il diniego del rimedio aquiliano e il proprietario può domandare il risarcimento del pregiudizio patito⁴⁴. Può domandarlo perché la condotta del possessore incide negativamente su un interesse (avente ad oggetto la conservazione del bene) che, anche in presenza di una posizione possessoria, la situazione proprietaria ricomprende e tutela; può domandarlo perché qui ricorre un danno ingiusto.

Diverso è invece il quadro che si presenta all'interprete con riferimento al momento successivo alla proposizione della domanda. Il codice prevede infatti che il possessore debba riversare al proprietario non solo i frutti percepiti, ma anche quelli che egli avrebbe potuto percepire usando l'ordinaria diligenza nella gestione della cosa. Questi due profili devono essere accuratamente distinti: i frutti percepiti sono infatti oggetto di un'obbligazione propriamente restitutoria, mentre i frutti percipiendi sono dovuti in forza di un'obbligazione risarcitoria⁴⁵ discendente dall'inadempimento dell'obbligo – posto, sia pure implicitamente, dall'art.

⁴⁴ U. Natoli, *Il possesso*, cit., 230-231.

⁴⁵ P. Sirena, *La gestione di affari altrui: ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, cit., 60 e 91, nonché U. Natoli, *Il possesso*, cit., 189.

1148 c.c. – di gestire la cosa con l'ordinaria diligenza⁴⁶.

Con la previsione dell'obbligo di corrispondere anche i frutti percipiendi il codice intende evitare che il possessore di buona fede, convenuto in giudizio con la domanda di restituzione del bene e dunque consapevole di dovere riversare i frutti percepiti al proprietario, abbandoni il bene all'incuria: ciò recherebbe pregiudizio al proprietario, che conseguirebbe a titolo di restituzione dei frutti (percepiti dopo la proposizione della domanda) meno di quanto avrebbe potuto conseguire ove il bene fosse stato soggetto ad una gestione efficiente.

Non a caso la dottrina è (quasi) unanime nell'individuare la *ratio* della disposizione relativa ai frutti percipiendi nell'esigenza di evitare che i tempi del giudizio pregiudichino il proprietario (*melius*: nel principio per cui gli effetti della sentenza retroagiscono al momento della domanda)⁴⁷. Non può infatti accogliersi, ed è stata superata, la tesi che lega il diverso trattamento innescato dalla proposizione della domanda alla cessazione dello stato di buona fede in cui il possessore originariamente versava⁴⁸: questa teoria infatti è contraddittoria rispetto alla regola che sancisce l'irrelevanza di una mala fede sopraggiunta⁴⁹; inoltre non si comprende perché la conoscenza dell'altruità della cosa conseguita per via della domanda giudiziale di restituzione della stessa debba avere un rilievo negato ad una conoscenza *aliunde* conseguita.

Occorre ancora domandarsi se – con riferimento al momento successivo alla proposizione della domanda – il proprietario possa domandare al possessore di buona fede, oltre ai frutti percepiti e percipiendi, il maggior danno patito. Non può infatti escludersi che il proprietario fosse nelle condizioni di trarre dal bene un profitto netto superiore rispetto a quello

⁴⁶ Per uno spunto in tal senso *cf.* A. Montel, *Il possesso*², in *Tratt. Vassalli*, V, 4, Torino, 1962, 274 e U. Natoli, *Il possesso*, cit., 187 e 189.

⁴⁷ A. Montel, *Il possesso*, cit., 272; U. Natoli, *Il possesso*, cit., 179; A. Masi, *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, cit., 604-605; C. Tenella Sillani, *Possesso e detenzione*, cit., 39; P. Sirena, *La gestione di affari altrui: ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, cit., 88. In giurisprudenza *cf.* Cass. 23-5-1992, n. 6224, cit. e Cass. 17-2-1968, n. 557 in *Foro it.*, I, 1968, 2231.

⁴⁸ Questa tesi è stata sostenuta, in passato, da De Martino, *Possesso*, cit., 535.

⁴⁹ Per questa critica *cf.* F. S. Gentile, *Il possesso*, cit., 202-203 e U. Natoli, *Il possesso*, cit., 178. Entrambi osservano inoltre che la proposizione della domanda potrebbe non incidere sullo stato psicologico del possessore, ove questi nutra la ferma convinzione che la domanda sia infondata.

ipoteticamente riconducibile ad una gestione conforme al parametro dell'ordinaria diligenza (si pensi al caso di un imprenditore che avrebbe potuto utilizzare il bene quale fattore produttivo nell'ambito della propria attività di impresa).

Invero, la ragione per cui il proprietario, con riferimento al tempo precedente alla proposizione della domanda, non dispone di una tutela risarcitoria *ex art. 2043 c.c.* non è in grado di fondare un esito analogo laddove si prenda in considerazione il tempo successivo alla proposizione della domanda. A partire da questo momento, infatti, il diritto del proprietario riacquista pienezza di contenuto: il diverso regime attributivo dei frutti – che ora competono al proprietario, non più al possessore – segnala che a monte la facoltà di godimento si è riallocata nella sfera del primo. Qui il possesso altrui del bene integra dunque un danno ingiusto.

Tuttavia la configurabilità di una ipotesi di responsabilità aquiliana (riferita al maggior danno subito dal proprietario) sembra esclusa proprio dalla presenza dell'obbligo legale di gestire il bene con l'ordinaria diligenza. Questa affermazione deve però essere precisata, perché potrebbe prestare il fianco a fraintendimenti.

In effetti si potrebbe ipotizzare a carico del possessore un concorso tra la responsabilità (contrattuale) che si concretizza nella corresponsione dei frutti percipiendi, e una responsabilità extracontrattuale, che darebbe accesso alla risarcibilità del danno ulteriore. La (teorica) configurabilità di un concorso risulta con maggiore evidenza ove si consideri l'ipotesi che il possessore abbia adempiuto esattamente l'obbligo di gestire il bene con l'ordinaria diligenza: qui non ricorre alcuna responsabilità (contrattuale) a carico del possessore, ma il proprietario potrebbe pur sempre lamentare un danno corrispondente al maggior profitto che egli avrebbe potuto trarre dal bene. Tale danno avrebbe natura aquiliana, perché riguarderebbe utilità eccedenti rispetto al risultato utile dedotto nell'ambito dell'obbligo di gestire il bene con l'ordinaria diligenza. *Mutatis mutandis*, uno spazio di azione per la tutela aquiliana sussisterebbe anche laddove l'obbligo di gestire il bene con l'ordinaria diligenza non sia stato adempiuto. In effetti, il maggior danno rilevante in sede aquiliana risulterebbe estraneo all'area del danno risarcibile quale conseguenza dell'inadempimento dell'obbligazione inferibile dall'art. 1148 c.c.: questa area, come si è detto, è delimitata dal modo in cui si atteggia l'interesse creditorio del proprietario, interesse avente ad oggetto

una soglia di diligenza nella gestione del bene solo ordinaria, non già tesa fino alla soglia del massimo profitto realizzabile.

Tuttavia è plausibile affermare che con la posizione dell'obbligazione di gestire il bene con l'ordinaria diligenza il codice abbia voluto stabilire un assetto distributivo definitivo delle utilità ricavabili dal bene. Questo assetto, ritagliato sul parametro dell'ordinaria diligenza, sembra cioè porsi come quale regola allocativa esclusiva del rapporto; onde essa non consentirebbe che, attraverso il ricorso alla responsabilità extracontrattuale, gli assetti da essa delineati vengano ridefiniti.

6. – L'art. 1148 c.c. contempla solo la disciplina del conflitto tra proprietario e possessore di buona fede, ma tace in ordine alla posizione del possessore di mala fede. La dottrina prevalente, tuttavia, ritiene che dalla disposizione sia possibile inferire indicazioni utili anche su questo piano. In particolare si ritiene che il possessore di mala fede debba corrispondere al proprietario tanto i frutti percepiti, quanto quelli che avrebbe potuto percepire usando l'ordinaria diligenza, senza alcuna distinzione tra il periodo successivo e quello precedente alla proposizione della domanda⁵⁰. Si ritiene, inoltre, che il proprietario possa anche domandare il risarcimento *ex art.* 2043 c.c. del maggior danno eventualmente subito⁵¹.

Questa interpretazione della disposizione suscita molte perplessità.

Non vi è dubbio alcuno che tutti i frutti percepiti competano al proprietario⁵²: la regola per cui i frutti naturali sono acquistati dal

⁵⁰ Cfr. per tutti D. Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*⁴, I, Torino, 1955, 310; <I. Mosco, *I frutti nel diritto positivo*, cit., 550; C.M. Bianca, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, Milano, 1999, 772.

⁵¹ La cumulabilità tra l'obbligo di riversare i frutti percepiti e percipiendi e il rimedio aquiliano è sostenuta da U. Natoli, *Il possesso*, cit., 232-233. Cfr. anche R. Sacco-R. Caterina, *Il possesso*, cit., 459-461 sul presupposto che la regola dettata dall'art. 1148 c.c. sia espressione di un principio generale, integrativo del rimedio aquiliano, in forza del quale l'autore di una lesione è tenuto a restituire l'ammontare di cui si è arricchito (per questa tesi cfr. R. Sacco, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959). Su questa scia si afferma che il possessore di mala fede debba corrispondere anche «il valore del godimento del bene di cui abbia usato personalmente (sempreché già non debba tale somma a titolo di risarcimento dei danni), nonché l'utilità ritratta dal bene sotto forma di risparmio di spese» (R. Sacco-R. Caterina, *Il possesso*, cit., 462; sul punto cfr. in termini critici F. S. Gentile, *Il possesso*, cit., 205 e Natoli, *Il possesso*, cit., 191-192).

⁵² Come si è evidenziato *supra* (par. 2), il possessore di mala fede acquista la proprietà dei

proprietario salvo che la legge disponga diversamente (art. 820 c.c.) trova una deroga nell'art. 1148 c.c. solo con riferimento alla posizione del possessore di buona fede (e limitatamente al periodo precedente alla proposizione della domanda di rivendica della cosa madre). Al di fuori di questa ipotesi speciale opera la regola generale.

È invece oscuro il percorso argomentativo che conduce a riconoscere al proprietario i frutti che il possessore di mala fede avrebbe potuto percepire con una gestione diligente del bene nel periodo precedente alla proposizione della domanda di rivendica⁵³.

Il ricorso all'analogia, talora evocato⁵⁴, appare infatti impertinente, perché la *ratio* sottesa alla regola che si intende applicare analogicamente è certamente incompatibile con la fattispecie che si intende disciplinare. Più precisamente, la norma che ascrive al proprietario i frutti che il possessore di buona fede avrebbe potuto percepire dopo la proposizione della domanda usando l'ordinaria diligenza trova la sua *ratio* – come si è già detto –

frutti, ma è obbligato a corrisponderli al proprietario: volendo utilizzare lo schema concettuale illustrato *supra*, nt. 10, si potrebbe dire che tale acquisto rilevi solo sul piano dell'appropriazione, non già su quello dell'appartenenza. Isolata la posizione di L. Mosco, *I frutti nel diritto positivo*, cit., 539 e 550, secondo il quale in caso di possesso di mala fede la proprietà dei frutti viene acquistata direttamente, sin dal momento della loro separazione, dal proprietario della cosa madre.

⁵³ Ritene configurabile un obbligo del possessore di mala fede di corrispondere i frutti che sarebbe stato possibile percepire nel periodo precedente alla proposizione della domanda usando l'ordinaria diligenza U. Natoli, *Il possesso*, cit., 185-188, sul rilievo che la lettera dell'art. 1148 c.c. contempla «il possessore che è tenuto alla restituzione dei frutti»; e tale è tanto il possessore di buona fede, relativamente al periodo successivo alla proposizione della domanda, quanto – senza alcuna distinzione temporale – il possessore di mala fede. Questo argomento non convince: il riferimento al «possessore che è tenuto alla restituzione dei frutti» è pur sempre inserito nel contesto di una disposizione che disciplina solo la posizione del possessore di buona fede, onde il suo significato deve essere circoscritto nei limiti di questo contesto. L'argomento letterale conduce pertanto ad esiti diversi da quelli che gli si vorrebbero imputare.

Nello stesso senso *cf.* anche R. Sacco-R. Caterina, *Il possesso*, cit., 457-459 (ivi, in particolare, nt. 22), i quali sottolineano che questo obbligo di riversare i frutti percepiti e percipiendi ricorre indipendentemente dall'ammontare del danno che il proprietario abbia patito, onde il proprietario potrebbe anche conseguire una somma maggiore del danno effettivamente lamentato. Questa eventualità è segnalata anche da U. Natoli, *Il possesso*, cit., 232, il quale però sottolinea – anche alla luce della rilevata analogia con la disciplina prevista dall'art. 1224 c.c. – che ciò «non esclude la funzione risarcitoria dell'intera restituzione»

⁵⁴ *Cfr.* ad esempio C. Tenella Sillani, *Possesso e detenzione*, cit., 40.

nell'esigenza di evitare che i tempi del giudizio causino un pregiudizio al proprietario; si vuole cioè assicurare all'attore lo stesso risultato utile che questi conseguirebbe ove non vi fosse alcun intervallo temporale tra la domanda giudiziale e la sentenza. Se così è, non può prospettarsi un'applicazione analogica dell'art. 1148 c.c. al segmento temporale (del conflitto tra proprietario e possessore di mala fede) precedente alla proposizione della domanda, perché in questa ipotesi non ricorre il problema – la gestione delle conseguenze del tempo del giudizio – che la previsione in questione intende risolvere e che ne individua la *ratio*⁵⁵.

Condividere questo esito non significa lasciare il proprietario privo di tutela. È infatti certo che egli, oltre a rivendicare i frutti percepiti, potrà domandare in via aquiliana il risarcimento del danno subito (*melius*: del danno che residua nonostante l'accesso alla misura restitutoria)⁵⁶. Occorre, al riguardo, solo una precisazione, relativa al modo in cui nel caso di specie si atteggia il criterio di imputazione soggettiva: l'art. 2043 c.c. non conosce la coppia dialettica della buona fede e della mala fede, sulla quale è invece articolata la disciplina del possesso, ma utilizza un vocabolario diverso e individua il presupposto soggettivo della fattispecie di responsabilità nel carattere doloso o colposo della condotta lesiva. La traduzione dei connotati della buona e della mala fede nelle categorie del dolo e della colpa conduce ad affermare che il possessore risponde del danno quando la sua posizione è connotata da dolo ovvero da colpa grave (l'ignoranza di ledere l'altrui diritto,

⁵⁵ In questo senso: F. S. Gentile, *Effetti del possesso e azioni possessorie*, Napoli, 1958, 28 s.; A. Montel, *Il possesso*, cit., 276; A. Masi, *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, cit., 605; P. Sirena, *La gestione di affari altrui: ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, cit., 88.

Ecco perché chi sostiene la tesi criticata nel testo (U. Natoli, *Il possesso*, cit., 187) evoca, quale fondamento dell'obbligo di corrispondere i frutti percipiendi, la logica sanzionatoria con cui si vuole colpire «un fatto il cui carattere di illegittimità sostanziale non viene neutralizzato dalla buona fede del possessore, sia che questa si dimostri inesistente (o comunque irrilevante) *ab origine*, sia che, pur sussistendo al momento dell'acquisto del possesso, cessi di essere rilevante al momento della domanda giudiziale». Questa affermazione però contraddice quanto lo stesso A. afferma laddove, per un verso, individua tale *ratio* nell'esigenza di tutelare il proprietario dal pregiudizio che potrebbe derivare dalla durata del processo (U. Natoli, op. cit., 179) e, per altro verso, nega che la proposizione della domanda rilevi quale momento determinante un diverso regime per la sua incidenza sullo stato di buona o di mala fede del possessore (U. Natoli, op. cit., 178).

⁵⁶ Così F. S. Gentile, *Il possesso*, cit., 207.

cioè la buona fede, se determinata da colpa grave, è assimilata sul piano della disciplina alla mala fede). Non risponde invece del danno, per le ragioni già illustrate, il possessore la cui buona fede dipende da colpa lieve⁵⁷.

Deve considerarsi, ancora, il regime (dei rapporti tra proprietario e possessore di mala fede) relativo al momento successivo alla proposizione della domanda di rivendica. Sul punto potrebbe sostenersi che il secondo sia obbligato a corrispondere al primo i frutti percipiendi; ciò sulla base di una interpretazione analogica dell'art. 1148 c.c. questa volta certamente prospettabile, atteso che anche in questo caso si ripropone l'esigenza di tutelare il proprietario dai danni che i tempi del giudizio potrebbero arrecare⁵⁸.

Tuttavia questo esito, certamente percorribile sul piano logico, risulterebbe contraddittorio sul piano sistematico. Il proprietario – ammesso, con riferimento al tempo precedente alla proposizione della domanda, al risarcimento integrale del danno subito – si troverebbe paradossalmente, con riferimento al tempo successivo alla proposizione della domanda, in una posizione peggiore, poiché potrebbe conseguire solo i frutti che il possessore di mala fede avrebbe potuto percepire con una gestione diligente del bene, ma non potrebbe domandare – per le ragioni già esposte – il risarcimento dell'eventuale maggior danno.

In realtà, la disposizione che assicura al proprietario i frutti percipiendi dopo la proposizione della domanda rappresenta pur sempre un frammento del più ampio disegno tracciato dal codice al fine di risolvere il conflitto tra proprietario e possessore di buona fede. Questo disegno manifesta un chiaro *favor* nei confronti del possessore di buona fede, un *favor* che opera anche nel segmento successivo alla proposizione della domanda (di rivendica della cosa madre), perché l'obbligo di corrispondere al proprietario tanto i frutti percepiti, quanto quelli percipiendi, realizza un assetto allocativo delle utilità conseguibili dal bene che non tutela pienamente le ragioni del proprietario, nella misura in cui lo priva del risarcimento del maggior danno eventualmente subito. Insomma, anche il dispositivo normativo relativo ai

⁵⁷ Secondo R. Sacco-R. Caterina, *Il possesso*, cit., 461 Part. 1148 c.c. introduce, sotto questo punto di vista, una deroga all'art. 2043 c.c., poiché «stabilisce quale requisito psicologico minimo dell'illecito che si perfeziona con il possesso di cosa aliena la colpa grave in luogo della colpa lieve». In questo senso *cf.* anche U. Natoli, *Il possesso*, cit., 226.

⁵⁸ Gentile, *Effetti del possesso e azioni possessorie*, cit., 29; A. Montel, *Il possesso*, cit., 277; R. Masi, *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, cit., 605.

frutti percipiendi reca in sé, contrariamente a quanto appare *prima facie*, una traccia del *favor* che innerva la disciplina del possesso di buona fede. Emerge dunque l'erroneità del tentativo di estendere l'ambito di azione di questo dispositivo e di utilizzarlo, sia pure con riferimento al periodo successivo alla proposizione della domanda, per la gestione di un conflitto – quello che contrappone il proprietario al possessore di mala fede – cui il codice riserva un atteggiamento ben diverso, non consentendo deviazione alcuna da una traiettoria rimediale che assicuri piena tutela alla posizione del proprietario.

Infine, merita di essere segnalata la ricostruzione prospettata da una recente dottrina, secondo la quale la posizione del possessore di mala fede sarebbe integralmente assimilabile a quello del gestore di affari altrui⁵⁹; ciò sull'assunto che presupposto di operatività delle regole in cui si sostanzia questo istituto non sia – come tradizionalmente ritenuto – l'intento altruistico del gestore, cioè la preordinata funzionalizzazione dell'ingerenza alla cura dell'interesse del gerito, ma la mera consapevolezza di essersi ingerito nell'altrui sfera giuridica⁶⁰.

Esula dagli intenti del presente scritto una indagine sulla gestione di affari altrui diretta a verificare la tenuta di questa suggestiva tesi. Certo è che l'adesione ad essa conduce ad individuare nella (disciplina della) gestione di affari altrui⁶¹ il calco sul quale modellare il rapporto tra il possessore di mala

⁵⁹ P. Sirena, *La gestione di affari altrui: ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, cit., 85 s.

⁶⁰ P. Sirena, op. cit., 65 s. In questo senso *cf.* anche M. Casella, *Gestione di affari. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989, 4; R. Pane, *Solidarietà sociale e gestione di affari altrui*, Camerino-Napoli, 1997, 99; S. Tommasi, *Note in tema di gestione altrui*, in *Contratti*, 2010, 1168. Ritengono invece che elemento della fattispecie sia anche l'intento di assumere la cura di un interesse altrui in una logica solidaristica S. Ferrari, *Gestione di affari altrui (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 648-651; L. Aru, *Della gestione di affari*, in L. Aru-E. Moscati-P. D'Onofrio, *Delle obbligazioni*², in *Comm. Scialoja-Branca, sub artt. 2028-2042*, Bologna-Roma, 1981, 13.

⁶¹ Il gestore di affari altrui, per un verso, è obbligato a restituire al soggetto gerito, oltre ai beni e alle somme di denaro che ha ricevuto per conto del gerito, tutti i risultati utili della gestione (artt. 2030, comma I, e 1713, comma I, c.c.); per altro verso, è tenuto a continuare la gestione e a condurla a termine finché il soggetto interessato non sia in grado di provvedervi (art. 2028, comma I, c.c.). Quest'ultima obbligazione, secondo la dottrina in esame (P. Sirena, *La gestione di affari altrui: ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, cit., 41 s.), non avrebbe un contenuto precettivo ulteriore rispetto a quello già portato dall'obbligo di comportarsi con la diligenza del buon padre di famiglia posto a carico del gestore dal combinato disposto degli artt. 1710, comma I, e 2028, comma I, c.c.. In particolare, essa si

fede e il proprietario⁶², finché detto rapporto non sia oggetto di disposizioni espresse; onde questi troverebbe tutela nel fascio delle obbligazioni restitutorie e risarcitorie che legano il gestore al gerito⁶³.

specificherebbe nell'obbligo di osservare tutte le cautele idonee ad evitare che l'ingerenza nell'altrui sfera giuridica, finché perdura, possa arrecare qualsiasi danno al soggetto gerito. La violazione di tale obbligo, riconducibile al paradigma degli obblighi di protezione, determinerebbe una responsabilità di natura contrattuale.

⁶² La dottrina in esame, invero, prospetta l'applicabilità diretta della disciplina della gestione di affari altrui: il rapporto tra proprietario e possessore di mala fede sarebbe infatti immediatamente sussumibile nello schema dell'art. 2028 c.c. (P. Sirena, op. cit., 91).

⁶³ Pur evidenziando che la posizione del possessore di buona fede è irriducibile alla fattispecie della gestione di affari altrui, perché difetta la consapevolezza di ingerirsi nell'altrui sfera giuridica, P. Sirena, op. cit., 89-91 rileva che la disciplina dettata dall'art. 1148 c.c. con riferimento al momento successivo alla proposizione della domanda è coerente con la disciplina della gestione di affari altrui. In particolare, la riversione al soggetto gerito dei risultati utili della gestione corrisponde alla restituzione dei frutti percepiti; mentre il riferimento ai frutti percipiendi fungerebbe quale parametro di quantificazione normativa, operata sulla base di un criterio di tipicità, del risarcimento che conseguirebbe alla violazione dell'obbligo di osservare tutte le cautele idonee ad evitare che l'ingerenza nell'altrui sfera giuridica, finché perdura, possa arrecare qualsiasi danno al soggetto gerito. In realtà l'individuazione nell'art. 1148 c.c. di una regola coerente con le direttrici fondamentali della disciplina della gestione di affari altrui impone esiti che da queste direttrici si discostano. In particolare, il riferimento ai frutti che avrebbero potuto essere percepiti usando l'ordinaria diligenza quale soglia massima della tutela risarcitoria riconosciuta al *dominus* è sconosciuta alla disciplina della gestione di affari altrui.