

---

# RIVISTA CRITICA

---

# DEL

Anno XVIII - N. 3  
Trimestrale  
Settembre 2000

---

# DIRITTO PRIVATO

---

**ESTRATTO**

**A. FUSARO**

**IL NUMERO CHIUSO DEI DIRITTI REALI**

**JOVENE EDITORE NAPOLI**

## Il numero chiuso dei diritti reali

Andrea Fusaro

SOMMARIO: 1. Il numero chiuso è un principio esclusivo del «civil law»? – 2. La prospettiva storica. – 3. L'evoluzione francese. – 4. Lo scenario inglese. – 5. Il numerus clausus in Inghilterra. – 6. Il trust come strumento di frammentazione della proprietà. – 7. Il saggio di Bernard Rudden.

1. In un testo classico di diritto comparato leggiamo che l'idea di un numero chiuso di diritti reali è pressoché estranea alla mentalità giuridica inglese, secondo cui la proprietà può essere frammentata senza limiti: essa sarebbe piuttosto un concetto proprio dei sistemi di civil law, dove l'eredità del diritto romano è più viva (R. David e C. Jauffret-Spinozi, *Les grand systems de droit contemporaine*, X ed., 1992, n. 310). Ciò spiegherebbe l'irriproducibilità negli ordinamenti continentali della scomposizione della proprietà prodotta dal trust.

Quest'opinione è abbastanza diffusa, e si rinviene spessa a sostegno dell'incompatibilità del trust con i sistemi di civil law. All'interno della corrispondente voce dell'International Encyclopedia di diritto comparato si legge che «the European codes contain a numerus clausus, an exclusive list of recognized real rights or property interests, which prevents recognition and, in the case of land, registration, of the peculiar property interests of the trustee and beneficiary» (W. Fratcher, *International Encyclopedia of Comparative Law*, VI, ch. 11, Trust, 1993, n. 109). Scorrendo la saggistica in materia capita di imbattersi con una certa frequenza nell'assunto secondo cui il numero chiuso rappresenta la barriera concettuale più resistente alla recezione del trust nei sistemi continentali (D.W.M. Waters, *The Institution of the Trust in Civil and Common Law*, 1995, 344).

Questa visione non poggia su basi legislative, dal momento che il numero chiuso non è proclamato dall'edizione corrente di alcun codice civile, fatta eccezione per quello argentino, il cui articolo 2502 afferma che «los derechos reales solo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposicion de ultima voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer». Il codice francese e quello tedesco non contengono previsioni consimili, cionondimeno i giuristi municipali si comportano come se ciò fosse.

La frequenza con cui questo scenario ricorre nei sistemi con radici romanistiche riesce a maggior ragione sorprendente dopo aver appreso dagli storici che il numero chiuso fu sconosciuto allo «*ius romanorum*» (V. Giuffrè, *L'emersione dei «iura in re aliena» ed il dogma del «numero chiuso»*, Napoli, 1992). Invero la teoria fu concepita nel diciannovesimo secolo per ragioni economiche ed ideologiche: e se non poggia sul diritto romano non dobbiamo inferire alcuna connessione né con le matrici del diritto continentale, né con la più appariscente impronta romanistica di alcune aree del common law (ad esempio il comparto delle servitù, là distribuite tra easement e restrictive covenant).

2. La maggior parte degli studiosi che privilegiano la prospettiva storica accettano la Rivoluzione Francese come punto di partenza, ed è usuale il riferimento ai lavori preparatori del Code Civil dove il numero chiuso dei diritti reali fu proclamato senza mezzi termini (Treilard, *Exposé des motifs*: «il ne peut exister sur les biens aucune autre espece de droits»: Locré, t. 8, 51). Cionondimeno nel Code Civil non figura alcuna disposizione espressa circa l'esistenza del numerus clausus.

Ecco che in una decisione del 1834 – nota come «arrêt Caquelard» – la Cour de Cassation escluse che la lista dei diritti reali fosse esaustiva (Cass., 13 febbraio 1834, in «Dalloz», 1834, 1, p. 218; in «Sirey», 1834, 1, p. 205: «les articles 544, 546, 552 du Code civil sont déclaratifs du droit commun relativement à la nature et aux effets de la propriété, mais ne sont pas prohibitifs; ni ces articles, ni aucune autre loi, n'excluent les diverses modifications et décompositions dont le droit ordinaire de propriété est susceptible») ammettendo la frammentazione al di là degli schemi tipici, così da far spazio alle «propriétés simultanées» sul medesimo bene. L'attitudine a moltiplicare le situazioni proprietarie, piuttosto che i diritti reali parziari, appare una predisposizione inveterata nello stile francese.

La sentenza è annoverata a margine della trattazione del numerus clausus, ma a ben vedere essa ebbe a che fare con la situazione dominicale, ammettendo la frammentazione della proprietà (un'analisi è offerta da A.M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, Parigi, 1989, p. 141): troviamo qui due significati del lemma proprietà, l'uno comprensivo dei diritti reali di godimento pieni e parziari (che i common lawyers chiamano property rights), l'altro circoscritto a questi ultimi (volgendo nella lingua inglese si usa il termine «real rights»:

Beekhuis, *Structural variations in property Law*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, VI, Tübingen-Parigi 1972, p. 2). La distinzione è più familiare ai sistemi dotati di radici romanistiche, avvezzi alle corsie tracciate dai codici tra proprietà e diritti reali; è, al contrario, estranea al modello feudale dove la situazione dominicale era frammentata in molteplici posizioni, nessuna delle quali piena (s'impone il rinvio alle celebri ricerche di Paolo Grossi nella cui vasta produzione si segnala, in particolare, la raccolta P. Grossi, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992), cosicché in quell'ambito è arduo operare una sezione al suo interno (ancora doverosa la citazione di J.H. Merryman, *Ownership and Estate (Variation on a Theme by Lawson)*, in 48 «Tulane L. Rev.», 1974, p. 916). Nel caso «Caquelard» si parlò di *numerus clausus* dei diritti reali, in realtà affrontando una questione proprietaria, per respingere la concezione romanistica ascritta al Code Civil.

È risaputo che la Francia sino alla fine del diciottesimo secolo non costituiva un territorio omogeneo, ma diviso tra le zone di diritto scritto di ascendenza romanistica, e quelle affidate alle consuetudini di derivazione germanistica. È convinzione diffusa che il Code Civil abbia operato una scelta tra i due modelli di proprietà, optando a favore del primo in quanto ritenuto più consono rispetto ai postulati dei Fisiocrati, fatti propri dalla Rivoluzione Francese sullo sfondo della lotta contro il feudalesimo.

La corporeità della proprietà romanistica risalterebbe nell'art. 544 del Code Civil (circa le matrici storiche e politiche di questa disposizione mantiene attualità l'approfondita indagine di S. Rodotà, *La definizione della proprietà nella codificazione napoleonica*, in Id., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981, II ed., 1990, p. 75 ss.), e la dottrina francese non ha contrastato il radicarsi della convinzione circa il pensionamento dell'eredità germanistica: solo molto tempo dopo, a seguito dell'affiorare di nuove emergenze, alcuni studiosi hanno tentato di rendere più astratto il modello, così da predisporlo ad ospitare la ricchezza incorporale (L. Josserand, *Essai sur la propriété collective*, in *Le Code Civil 1804-1904 (livre du centenaire)*, t. I, Parigi, 1969, p. 358; F. Zenati, *Les biens*, Parigi, 1988, p. 56). Evoluzione al cui interno potremmo riconoscere la resurrezione del modello germanistico di proprietà (come ha suggerito Albina Candian, *Propriété*, in A. Candian-A. Gambaro-B. Pozzo, *Property-Propriété-Eigentum*, Padova, 1992, p. 246).

3. Il caso «Caquelard» è lontano, e risale a tempi troppo remoti rispetto allo stato attuale di maturazione delle categorie giuridiche; è, invero, spesso evocato come malinconico ritorno al passato, al «droit commun» seppellito dall'entrata in vigore del Code Civil. Lo studioso francese aggiunge talora l'invito a ricercare vie alternative di fuga dal numerus clausus, e suggerisce di rivolgersi alla persona giuridica: opzione che in Francia è stata praticata in occasione della multiproprietà con la L. 6 gennaio 1986, n. 86-18 (C. Atias, *Droit Civil. Les biens*, III ed., 1999, p. 45). La dottrina ripete che il principio formulato nella sentenza «Caquelard» è stato rigettato ed inesorabilmente sconfessato dalle corti, le quali avrebbero non solo respinto la configurazione di diritti reali del tutto inediti (F. Chabas in H.-L.-J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. II, *Biens. Droit de propriété et ses démembrements*, 8 edit., Parigi, 1994, p. 4), ma pure custodito la fisionomia tipica di quelli esistenti: ne rappresenterebbe chiara conferma l'atteggiamento manifestato in ordine alle «servitudes réelles», che sono state conservate fedeli alla logica della predialità, predicando la coesistenzialità di un fondo dominante e di uno servente (Cour de Cassation, Civ. 3<sup>e</sup>, 25 marzo 1992, in «Daloz», 1993, J., p. 65, sul «droit de seconde herbe» di cui s'è negata la natura di servitùde in quanto «represente une charge pour le fonds sur le quel il s'exerce, ne beneficiant pas a un fonds dominant mais profitant seulement aux habitants d'une entité territoriale et n'impliquant pas d'être propriétaire foncier a l'endroit consideré»), ed escludendone la configurabilità ove profittino soltanto a vantaggio di soggetti, senza appoggiarsi ad alcun fondo, come nel caso del diritto di caccia (Cour de Cassation, Civ. 3<sup>e</sup>, 22 giugno 1976, *Defrenois*, 1977, p. 46: «la concession d'un droit de chasse ne saurait avoir le caractere d'une servitude réelle, le fonds en faveur du quel il est accordé n'en recueillant aucune utilité et le profit ou l'agrement que ce droit peut amener ne concernant que la personne du propriétaire du fonds et non le fonds lui-meme»).

Le servitù in Francia devono obbedire a questa scarna intelligenza: non incontrano altri limiti circa il contenuto, che può essere il più vario, conformemente all'art. 686 del Code civil, così da adattarsi anche alle restrizioni alla concorrenza commerciale (Cour de Cassation, Com., 15 luglio 1987, in «Daloz», 1988, J., p. 360: «l'interdiction faite a l'acquireur d'un fond de l'affecter a un usage déterminé peut revetir le caractere d'une servitude établie par le fait de l'homme attachée au fonds dans l'interêt d'une autre fonds et est valable pourvu que ce service n'ait rien de con-

traire a l'ordre public»), come ai vincoli di destinazione d'uso degli immobili (la cosiddetta clausola «d'habiter bourgeoisie»: Cour de Cassation, Civ. 1<sup>re</sup>, 30 giugno 1964, JCP, p. 64, II, 14162). Occorre, essenzialmente, che il vantaggio riguardi il fondo vicino, e quando sussiste questo requisito minimo il riscontro è garantito; coerentemente all'applicazione di questi criteri, il piano di lottizzazione è riconosciuto fonte di servitù prediali (J.-L. Bergel, *Les Servitudes de lotissement a l'usage d'habitation*, Paris, 1973, p. 181) a favore ed a carico degli immobili riguardati, in quanto essi risultino oggetto di proprietà solitaria (Cour de Cassation, Civ. 3<sup>e</sup>, 9 aprile 1974, in «Bull. Civ.», III, n. 144, p. 108). Quest'ultimo limite rappresenta un baluardo curiosamente percepito come invalicabile dalle corti, le quali rifiutano di riscontrare l'esistenza di una servitù ove il fondo gravato non appartenga ad un solo titolare, ma versi in comproprietà (Cour de Cassation, Civ. 3<sup>e</sup>, 30 giugno 1992, in «Daloz», 1993, J., p. 156), ritenendo assorbente la situazione dominicale.

La tendenza ora enucleata non rappresenta una propensione isolata: l'approccio francese, come s'è anticipato, preferisce la dilatazione della proprietà a quella dei diritti reali. Lo strumento principe e più agile – in materia immobiliare – è sempre risultato il «droit de superficie» atto a dissociare la titolarità dell'edificio da quella del suolo al di sopra od al di sotto del quale insiste (Cour de Cassation, 16 dicembre 1873, in «Daloz», 1874, I, p. 249: «Attendu que le concours d'un droit de superficie avec la propriété du trefonds ne cree un état d'indivision ni quant a la propriété du sol, ni quant a la jouissance»). Due casi recenti documentano la perdurante predilezione verso questo sfiato del numero chiuso.

Nel primo la Cour de Cassation qualificò «droit de superficie» il diritto di godimento di un fondo a suo tempo accordato da una famiglia all'organizzazione benefica emanazione di una municipalità (Civ. 3<sup>e</sup>, 6 marzo 1991, in «Bull. Civ.» III, n. 84; JCP 1991, IV, p. 172), in questo modo conciliando il numero chiuso con un elevato grado di discrezionalità delle corti nella qualificazione del tipo di diritto. Nell'altro la medesima etichetta fu prescelta per un diritto di uso perpetuo ed esclusivo su di un fondo in contitolarità (Civ. 3<sup>e</sup>, 4 marzo 1992, in «Daloz», 1992, J., p. 386), rifiutando nuovamente di conciliare servitù prediale e regime di comproprietà.

Uno specialista della materia ha criticato entrambe le decisioni: per un verso, obiettando che il «droit de superficie» spo-

glia completamente il proprietario del godimento, mentre tale non appariva la portata di quelle pattuizioni; per altro, contestando in radice la pretesa resurrezione di antichi diritti fondiari; per altro ancora, rifiutando di concepire situazioni reali perpetue non coincidenti con la proprietà (F. Zenati, *Propriété et droits réels*, in «Rev. Trim. Dir. Civ.», 1993, p. 165).

Altri giuristi francesi hanno invece abbandonato l'idea della perpetuità della situazione dominicale (D. Tomasin, *L'évolution de la propriété immobilière*, in *L'évolution contemporaine du droit des biens [Troisièmes Journées Renee Savatier] [Poitiers, 4 et 5 octobre 1990]*, Parigi, 1990, p. 66), prendendo spunto dal «bail a construction» introdotto nel 1964 (loi 16.12.1964) che può durare da 18 a 99 anni, e dalla «concession immobilière» (loi 30 décembre 1967) ugualmente temporanea, entrambi configurati fonti di «droit de superficie» (Boulanger, *Un des nouveaux aspects des métamorphoses du droit au bail: la concession immobilière de la loi du 30 dec. 1967*, in «Daloz», 1968, Ch., p. 102).

Il «droit de superficie» è risultato provvido strumento per la disarticolazione verticale della titolarità fondiaria (R. Savatier, *La propriété de l'espace*, in «Daloz», 1965, Ch., p. 213; Id., *La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobilières*, in «Daloz», 1976, Ch., p. 103), ed ivi è stata riconosciuta un'altra epifania di travaso della dimensione incorporale all'interno del concetto di proprietà («Aujourd'hui, les techniques de maîtrise de l'espace reintroduisent l'incorporel, dans la notion de propriété foncière, avec les propriétés simultanées et les rapports d'obligation qui ont caractérisé l'appropriation de l'immeuble dans notre culture juridique la plus longue»: A-M. Patault, *Régard historique sur l'évolution du droit des biens. Histoire de l'immeuble corporel*, in *L'évolution contemporaine*, cit., p. 12).

È significativa altresì l'evoluzione della «location» (come suggerito da A. De Vita, *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea. Analisi comparativa del diritto francese*, Milano, 1974, p. 116), dapprima tratteggiata nei termini di rapporto strettamente personale non coinvolgente alcuna frammentazione dominicale («Attendue que le bail n'opère aucun démembrement de propriété, qui reste entre les mains du bailleur ...»: Req., 6 marzo 1861, in «Daloz», 1861, I, p. 417), e di poi arricchito di connotazioni ulteriori atte a configurarne una persistenza accostabile a quella dei diritti reali («... le droit du propriétaire est demembré ... celui de l'occupant prend un caracte-

re proche du droit reel, opposable a tous ...»: in «Trib. civ. Aix», 7 giugno 1949, JCP 1949, II, p. 5020).

4. Appena volgiamo lo sguardo all'Inghilterra troviamo un enunciato legislativo di segno opposto alla proposizione citata in apertura: secondo la section 4(1) del Law of Property Act 1925 «after the commencement of this act (...) an equitable interest in land shall only be capable of being validly created in any case in which an equivalent interest in property real or personal could have been validly created before such commencement». Colpisce trovare la sanzione legislativa del numerus clausus in un sistema di diritto eminentemente giurisprudenziale, non invece all'interno di un contesto di diritto scritto.

La regola ha radici nel common law del diciottesimo secolo, dove fu sancito il numerus clausus degli equitable interest. È celebre l'affermazione di Brougham L C in *Keppel v. Bailey* – 2 «My&K», 1834, pp. 517, 535 – secondo cui «There are certain known incidents to property and its enjoyment; among others, certain burthens ... recognized by the law ... But it must not therefore be supposed that interest of a new kind can be devised ...». Proclamazioni del genere (raccolte e riprese da B. Rudden nel saggio che segue nella nostra traduzione) riguardarono sia – ciò che noi chiameremmo – i diritti reali limitati (Pollock CB: «A new species of incorporeal hereditaments cannot be created at the will and pleasure of an individual owner of an estate ...» in *Hill v. Tupper* 2 «Hurlst & C.», 1863, p. 121), sia la proprietà (Wilde B.: «It is a well settled principle of law that new modes of holding and enjoying real property cannot be created» in *Stockport Wwks v. Potter* 3 «H&C», 1864, pp. 300, 314).

Nell'ultima edizione di uno tra i più autorevoli manuali inglesi sulla proprietà immobiliare leggiamo che: «rights in rem, binding not only the parties but other persons generally, can exist only in the form approved by the law and not in any novel form desired by the parties creating them» (Megarry & Wade, *The Law of Real Property*, VI ed. cur. da C. Harpum, Londra, 2000, p. 105). Nel – relativamente recente – caso *National Provincial Bank Ltd. v. Ainsworth* (1965, 2 All ER 472) è stata esclusa la giustiziabilità (neppure in equity) della pretesa della moglie abbandonata ad occupare la casa coniugale di proprietà del marito, negando l'opponibilità di una siffatta pretesa («a mere equity») nei confronti dell'acquirente a titolo oneroso in buona fede («bona fide purchaser for value without notice»).

La distinzione tra proprietà e diritti reali non è sconosciuta, e troviamo puntualizzato che «in referring in the first sub-section to estates and in the second to interests the Act invented a new terminology that depends upon between a right to the land itself and a right to some claim against the land of another person» (*Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, XV ed., Londra-Dublino-Edimburgo, 1994, p. 92).

5. I limiti alla frammentazione della proprietà rispondono a ragioni di indole economica, ed è arduo immaginare un sistema informato alla libertà assoluta. Inoltre le ideologie dominanti nel diciannovesimo decolo non solo hanno chiuso il numero dei diritti reali, ma ne hanno imbalsamato la fisionomia, in common law come in civil law.

Il numerus clausus si staglia più netto nell'ambito – da noi appellato – dei diritti reali parziari, dove è maggiormente riconoscibile l'eredità romanistica a suo tempo riportata in auge da Bracton, che si ispirò a quei modelli nel forgiare gli incorporeal hereditament. Ciò salta particolarmente agli occhi nel comparto degli easement la cui derivazione romanistica è appariscente, ancorché non sia corretto ravvisare una totale sovrapposizione a causa degli scostamenti prodotti dall'elaborazione autonomamente sviluppata attraverso i tempi (come ha evidenziato, con specifico riferimento alle modalità di costituzione delle servitù, A.W.B. Simpson, *The Rule in Wheeldon v. Burrows and the Code Civil*, in «The Law Quarterly Review», 1967, vol. 83, p. 240). Mutuando la distinzione tra res corporales ed incorporales, Bracton collocò le servitudes nella seconda categoria, ma astenendosi dal tracciare alcuno steccato, cosicché il numero rimase aperto, fino a Britton e Blackstone (secondo la ricostruzione storica offerta da A.W.B. Simpson, *A History of the Land Law*, II ed., Oxford, 1986, p. 100 ss.). Il primo contorno degli easement fu modellato su quello dei profit, ciò che diede spazio agli easement in gross (traducibile con servitù personali); alcuni secoli dopo – nel 1839 – troviamo la prima edizione di *Gale on Easements* (attualmente giunto alla XVI edizione), dove il diritto romano fu impiegato non solo attraverso i rinvii all'autorità di Bracton, ma pure direttamente, per erigere una barriera sia contro nuove tipologie di easement, sia nei confronti della versione in gross (M.F. Sturley, *Easements in Gross*, in «The Law Quarterly Review», 1980, vol. 96, p. 557). La preclusione verso gli easement in gross fu estesa ai restrictive covenant, creature dell'Equity che danno forma giuridica

a vincoli di destinazione fondiari (Preston & Newsom, *Restrictive Covenants Affecting Freehold Land*, IX ed., 1999, p. 15 ss.). È così che la ribadita coesistenza del nesso tra un fondo dominante ed uno servente è valsa ad osteggiarne – tra l'altro – l'impiego per finalità di conservazione ambientale, in assenza di una disposizione legislativa specificamente rivolta ad investire un soggetto (si pensi al National Trust quale paradigma – diremmo noi – di ente promotore della tutela di interessi diffusi) della possibilità di negoziare con i proprietari impegni rivolti al rispetto ed alla manutenzione di zone verdi od agricole, vincolanti anche nei confronti degli aventi causa e dei terzi in generale (I. Hodge-R. Castle-J. Dwyer, *Covenants as a Conservation Mechanism*, Univ. Cambridge, 1993).

La stessa property – rispetto alla quale l'eredità romanistica fu seppellita dalle stratificazioni feudali – conferma quest'evoluzione, come dimostra proprio il trust, in cui viene riconosciuto il principale strumento di frammentazione della proprietà.

6. È solitamente assegnato al Common law il modello proprietario più flessibile: «The freedom to shape legal relations according to one's own desire and needs is extended to the field of property to a much lesser extent by civil law countries than it is by common law systems» (A. Dyer and H. Van Loon, *Report on trusts and analogous institutions*, in *Hague Conference on Private International Law-Proceedings of the Fifteenth Session*, II, La Haye, 1985, p. 36, nt. 52). Il trust permetterebbe di documentare questo assunto, esibendo un esemplare raro di proprietà frammentata.

Alcuni dissentono, eccependo che la posizione del trustee non riflette alcuna dissociazione rispetto a quella dei beneficiari, bensì è intrinsecamente funzionalizzata dal vincolo impresso attraverso le istruzioni impartite dal settlor (M. Lupoi, *Trusts*, Milano, 1997, p. 19 ss.). L'esito sarebbe, dunque, opposto rispetto a quello divisato, conformemente a quanto indicato da uno dei padri nobili dell'analisi economica: «... there is no simple solution to the problem of divided ownership except simple ownership, but it is not so simple either ... . By placing property in trust, the grantor can split the beneficial interest as many ways as he pleases without worrying about divided ownership. The trustee will manage the property as a unit, maximizing its value and allocating that value among the trust's beneficiaries in the proportions desired by the grantor ...» (R. Posner, *Economic Analysis of Law*, IV ed., Boston-Toronto-London, 1992, p. 73).

Dalla ricostruzione storica non emergono argomenti a favore dell'inquadramento del trust tra le peculiarità irriducibili alle categorie continentali: è anzi emerso che i tribunali ecclesiastici protessero relazioni fiduciarie in epoche anteriori all'apparizione dell'Equity. Studi recenti ne hanno tratto spunto per muovere all'esplorazione di radici civilistiche del trust (la via è stata aperta da M. Graziadei, *The Development of Fiducia in Italian and French Law from the 14th Century to the End of the Ancien Regime*, in R. Helmholz and R. Zimmermann [editors], *Itinera Fiduciae. Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlin, 1999, p. 327; M. Lupoi, *The Civil Law Trust*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 32, n. 4, 1999, p. 967, il quale impiega la distinzione tra «regulae» e «principia» tracciata in M. Lupoi, *Alle radici del mondo giuridico europeo*, Roma, 1984, p. 536 ss.).

Il trust non rappresenta, dunque, uno strumento di frammentazione della proprietà, né osteggia il numerus clausus. Al contrario, è stato sottolineato come le riforme del 1925 siano state rese possibili proprio dal trust, che ha consentito di scavalcare la teoria degli estates spostando il baricentro sulla considerazione del controvalore dei beni (M. Graziadei, *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1995, p. 483).

Se il trust non è il simbolo del contrasto tra civil law e common law circa la posizione osservata rispetto ai diritti reali, possiamo nodimeno enucleare alcune differenze (M. Graziadei, *Diritti nell'interesse altrui*, cit., p. 176): la dissociazione tra diritto ed interesse è familiare al secondo, non al primo; i diritti reali in civil law si accompagnano normalmente al possesso, non così invece certi estate; la dimensione temporale non è di consueto annoverata in civil law nell'ambito dei tratti caratterizzanti i diritti reali, di cui è presunta la tendenziale perpetuità (e per i giuristi continentali è sorprendente la ipotizzabilità del lease non solo in ordine ai beni materiali, ma anche rispetto a quelli incorporali, tale per cui è configurabile, ad esempio, un lease di un easement per cent'anni). Infine s'è sottolineato come in common law la property giochi un ruolo superiore rispetto al contract, mentre l'opposto si registra in civil law: nel primo contesto i future interest rientrano nell'alveo proprietario, mentre nel secondo sono assegnati all'area contrattuale (A. Gambaro in A. Gambaro-R. Sacco, *Sistemi Giuridici Comparati*, Torino, 1999, p. 144).

Nei sistemi di civil law il concetto di proprietà di derivazione romanistica è in via di superamento: le fenomenologie emergenti sollecitano l'elaborazione di nuove figure di diritti reali, e riplasmano i vecchi schemi allentandone la rigidità. In quelli di common law il trust è valso quale strumento antagonista rispetto alla frammentazione della proprietà, e dei diritti reali s'è consolidato il numerus clausus. In entrambe le aree l'elaborazione di un modello più flessibile di proprietà (droit de superficie in Francia; trust in common law) è parsa preferibile rispetto alla creazione di nuovi diritti reali: la convergenza verso il rispetto del numerus clausus, come molti hanno sottolineato, trova supporto in considerazioni di indole economica.

7. Il saggio che qui (v. *infra*, p. 451) si propone nella traduzione italiana (*Economic Theory v. Property Law: The numerus Clausus Problem*, apparso in J. Eekelaar e J. Bell [cur.], *Oxford Essays in Jurisprudence. Third Series.*, Oxford, 1987, p. 244) contribuisce a diradare quei pregiudizi, ed a mettere all'angolo ogni visione municipale del problema del numero chiuso dei diritti reali. L'autore - Bernard Rudden - è un comparatista inglese (già docente oxoniense) di chiara fama, che non richiede presentazione. Conoscitore profondo della *law of property* - basti ricordare la classica opera F.H. Lawson e B. Rudden, *The Law of Property*, Oxford, II ed., 1982, giunta all'ennesima ristampa -, e familiare con i sistemi stranieri così come con il diritto romano, Bernard Rudden non ascrive affatto il numero chiuso dei diritti reali all'area di civil law, ma ne registra la presenza ovunque. Non tiene in particolare conto il trust - cui pure si è specificamente dedicato (al lettore italiano si segnala, in particolare, M. Graziadei e B. Rudden, *Il diritto inglese dei beni ed il trust: dalle res al fund*, in «Quadrim.», 1992, p. 31) - evitando di pronunciarsi circa la sua attitudine di demarcatore dei sistemi di common law (come sottinteso da K. Zweigert e H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato. I Principi fondamentali*, ed. it. a cura di A. Di Majo e A. Gambaro, traduz. di B. Pozzo, Milano, 1992, p. 332), né prendendo posizione circa il suo nesso rispetto al numero chiuso dei diritti reali (dibattito a suo tempo alimentato dagli interventi di V. Bolgar, *Why no trusts in the Civil Law*, in «Amer. Journ. Comp. L.», 1953, p. 204; nonché J.H. Merryman, *Policy, autonomy and the numerus clausus in Italian and American Property Law*, in «Amer. Journ. Comp. L.», 1963, p. 224). Al centro non pone il regime pubblicitario (al riguardo si rinvia il lettore italiano alle ap-

profondite analisi di L. Moccia, *Figure di usucapione e sistemi di pubblicità immobiliare. Sintesi di diritto privato europeo*, Milano, 1993; nonché Id., «Prescription», «limitation», e «adverse possession»: ovvero il problema della prescrizione acquisitiva nel sistema inglese della «real property», in *Scritti in onore di R. Sacco*, Milano, 1994, I, p. 813) nella consapevolezza di come quello del numero chiuso sia un problema di riconoscibilità sociale, che la pubblicità può solo alleviare.

L'impiego degli strumenti della comparazione e dell'analisi economica conduce ad una trattazione assolutamente «candida» del principio di tipicità considerandolo – per usare parole altrui – «come un criterio di organizzazione, la cui razionalità merita di essere verificata di tempo in tempo alla luce delle necessità pratiche dell'ora presente» (A. Gambaro, *Note sul principio di tipicità dei diritti reali*, in L. Cabella Pisu e L. Nanni [cur.], *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998).