



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



CHI AGISCE IN REVINDICA È TENUTO ALLA PROBATIO DIABOLICA DELLA PROPRIETÀ

La prova impossibile è ammissibile nel nostro ordinamento?

di **Andrea Bazzichi**

IUS/15 - DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

Estratto dal n. 1/2019 - ISSN 2532-9871

Direttore responsabile

Raffaele Giaquinto

Pubblicato, Lunedì 28 Gennaio 2019

Sommario: 1) Premesse Generali 2) Il caso concreto-Cassazione 32838/2018 3) Le difese del convenuto e l'eccezione-domanda riconvenzionale di usucapione 4) Riflessioni conclusive.

1) Premesse Generali

L'espressione probatio diabolica, ovvero letteralmente prova del diavolo, è tanto sintetica quanto efficace. Nel concetto di prova impossibile è insita una contraddizione, poiché ha senso disquisire di prova solo laddove questa possa essere fornita. Non allorquando il oggetto onerato della dimostrazione, non riesca a esibirla per motivi oggettivi, perché nessuno è in grado di raggiungere tale risultato. Infatti, da tempo la giurisprudenza ha posto dei correttivi, a tal proposito basti pensare ai cd. fatti negativi, la cui dimostrazione può essere conseguita anche attraverso elementi presuntivi. L'azione in rivendicazione viene sovente proposta come il classico esempio di probatio diabolica. All'attore che agisce in rivendica si richiede, appunto, non solo di dimostrare la legittimità del proprio titolo di acquisto, ma anche quella dei precedenti proprietari sino ad arrivare ad un acquisto a titolo originario. E' evidente che la sequela degli acquisti a titolo derivativo possa innescare sul piano astratto, un perverso meccanismo di regresso all'infinito¹. In questo caso facendo un parallelo con la disciplina dell'interruzione e della sospensione, l'acquisto a titolo originario opera come un punto, mentre quello a titolo derivativo rappresenta una parentesi. Sul piano generale, com'è noto la norma di riferimento è l'art 2697 c.c., la quale in pone a carico dell'attore la prova dei fatti costitutivi, al contrario il convenuto dei dare la prova dei fatti impeditivi, estintivi e modificativi. La disposizione è la coerente del principio del divieto di non liquet, secondo il quale il giudice può e soprattutto deve essere in grado di poter risolvere la questione giuridica posta alla sua attenzione. Nell'ordine dunque, l'attore, anche in presenza dell'allegazione di fatti impeditivi, modificativi ed estintivi, da parte del convenuto, deve necessariamente assolvere al proprio onere probatorio. E questo anche nell'ipotesi in cui il secondo non riesca a dimostrare quanto dedotto ed allegato in via contraria. Solo allorquando il primo riesca a provare il fatto costitutivo, entra in gioco la verifica dei fatti avversi posti dal convenuto. Se tale ricostruzione appare agevole sul piano teorico, nell'applicazione concreta le questioni sono molto più sfumate, in considerazione del fatto che l'art 2697 c.c. non pone una misura del quantum necessario perché la prova possa dirsi raggiunta. E nemmeno vi è l'indicazione di quali siano i mezzi di prova idonei nel caso specifico perché la verifica del fatto possa dirsi acquisita. In via ulteriore, come si vedrà nel corso dell'analisi, nello scopo di porre dei correttivi al rigoroso onere probatorio richiesto, entrano in valutazione anche la condotta processuale secondo quello che è lo schema del principio di non contestazione di cui all'art 115 cpc².

2) Il caso concreto-Cassazione 32838/2018

Nella vicenda in oggetto, l'attore sull'assunto di essere proprietario in forza di un precedente atto di divisione esperisce domanda di rilascio nei confronti del convenuto, il quale, a sua volta in via riconvenzionale chiede l'accertamento dell'intervenuta usucapione a suo favore. La Corte di Appello respinge la domanda attrice poiché non è stata fornita la prova del titolo originario di acquisto dei beni, tramite la produzione dei titoli di acquisto dei suoi dante causam, e né della durata del possesso ai fini dell'usucapione. La riconvenzionale anch'essa viene respinta perché sfornita di dimostrazione. Già da questi brevi premesse si comprende come il primo dei contemperamenti al rigoroso onere probatorio di cui all'azione di rivendicazione ex art 948 cc sia dato al rivendicante dalla possibilità di dimostrare l'avvenuta usucapione del bene a proprio favore, attraverso il possesso ultra ventennale, anche per il tramite dei precedenti danti causa. La pronuncia in commento è di interesse perché ribadisce quelli che sono i confini tra l'azione di rivendicazione e quella di restituzione, ma soprattutto le conseguenze di tale distinzione. L'indirizzo assolutamente consolidato a livello giurisprudenziale vede nell'azione di rivendica un'azione reale, in cui l'attore sulla base di un diritto di proprietà del quale afferma la titolarità, di cui non ha più la materiale disponibilità, giustappunto ne richiede che questa venga ripristinata. Invece, al contrario nell'azione di restituzione, la riconsegna del bene viene richiesta e giustificata sulla base di un titolo che è venuto meno, per cui la detenzione del medesimo non è più legittima. Se l'effetto pratico è il medesimo: la riconsegna del bene, radicalmente differenti sono i presupposti. Ciò comporta che anche l'onere probatorio richiesto nelle due azioni, sia del tutto diversificato. Infatti, nell'azione di restituzione l'attore non asserisce di essere proprietario del bene, bensì di avere diritto a che il bene gli venga restituito perché il titolo del convenuto è venuto meno. L'oggetto del giudizio non è dunque il diritto di proprietario, ma il titolo in forza del quale il convenuto era legittimato alla detenzione. In virtù del differente regime probatorio, è gioco forza naturale che molto del contenzioso verta sulla corretta qualificazione della domanda, se azione di rivendicazione o azione di restituzione. La questione, a seconda di come venga prospettata, può essere affrontata attraverso un criterio positivo ed uno negativo. L'azione di rivendicazione, in quanto reale, ha efficacia erga omnes dal momento che l'attore richiede l'affermazione del proprio diritto di proprietà. Al contrario, l'azione di restituzione è un'azione personale, con efficacia relativa tra le parti, appunto perché l'attore vuole che venga dichiarato il venir meno della legittimità della detenzione del convenuto. Di conseguenza, se l'attore afferma di essere proprietario o comunque mira ad una tutela erga omnes, l'azione dovrà essere qualificata come rivendicazione. Qui sta il criterio positivo. Alle medesime conclusioni si deve approdare, laddove l'attore non deduca e non allegghi l'esistenza di un titolo precedente, che sia venuto meno. Qui sta il criterio negativo³. I due criteri, anche se correlati tra loro, non necessariamente devono sussistere entrambi. In altri termini, anche se l'attore non afferma di essere proprietario, limitandosi a richiedere la restituzione del bene, senza addurre però l'esistenza di un precedente rapporto obbligatorio inter partes, l'azione sarà qualificata come di rivendicazione⁴. Tale corrente giurisprudenziale è pienamente condivisibile stante il

rapporto di complementarietà tra le due azioni. L'una esclude necessariamente l'altra, per cui se non può essere classificata come azione di restituzione sarà definita come di riduzione e viceversa. Ovviamente, qualora a livello fattuale, esistano i presupposti per entrambe, le due azioni potranno essere esperite in via alternativa tra loro⁵. A questo punto in via residuale si delimitano i confini con l'azione di accertamento della proprietà che soggiace ad un onere probatorio assai meno gravoso, giacché richiede all'attore solo la prova del proprio titolo d'acquisto, e non anche quella dei propri dante causa. Infatti, l'azione di accertamento, in questo caso presuppone che l'attore non abbia perso la disponibilità materiale del bene, ed è tesa a rimuovere uno stato di incertezza circa la legittimità del potere di fatto esercitato. Questo è il punto dirimente, in mancanza del potere di fatto sul bene, necessariamente dovrà essere esperita o l'azione di rivendicazione o quella di restituzione⁶

3) Le difese del convenuto e l'eccezione-domanda riconvenzionale di usucapione

Prendendo le mosse dalla situazione più semplice, il convenuto può limitarsi sulla scorta del principio *possideo quia possideo* a rappresentare il fatto materiale del possesso. Sarà l'attore, in siffatta ipotesi a dover dimostrare il fondamento o dell'azione di rivendicazione o di quella di restituzione per ottenere la riconsegna del bene. Però, il convenuto a sua volta può proporre una domanda riconvenzionale di usucapione e non limitarsi ad una mera difesa passiva. Ai fini di un'ordinata ricostruzione, bisogna distinguere l'ipotesi in cui l'attore abbia agito in restituzione dalla fattispecie in cui, invece abbia esperito l'azione di rivendicazione. Nella prima eventualità, la giurisprudenza ha affrontato e risolto la questione se tale difesa del convenuto, il quale introduce un'azione reale, a sua volta mutasse l'azione personale di restituzione avanzata dall'attore in reale come azione di rivendicazione. La risposta per la soluzione negativa sposa un argomento di carattere processuale: le difese in petitorio mosse dal convenuto non possono dar luogo ad una *mutatio* dell'originaria domanda che non è ammessa all'attore, quando ciò sia frutto di una sua libera scelta processuale, a fortiori quando essa provenga dal convenuto.⁷ In verità, sembra evidente che l'argomento dirimente sia un altro. Infatti, il convenuto anche perché magari non in grado di dimostrare l'intervenuta usucapione, può limitarsi ad una mera difesa passiva eccependo il fatto materiale del possesso. Ciò non modifica il carattere dell'azione, che resterà quindi quella scelta e così qualificata dall'attore, salvo diverso orientamento in sede decisoria da parte del giudice. Se così è, non si vede come possa modificarsi la domanda in capo all'attore in base ad una difesa del convenuto che potrebbe essere solo dettata da convenienza processuale: aggravare l'onere probatorio in capo all'attore che, invece, non ha richiesto l'accertamento del diritto di proprietà. In altri termini il convenuto, in questo modo traslerebbe su altri, con le dovute conseguenze, l'onere di provare un fatto che egli stesso ha introdotto nel processo. In riferimento, invece all'evenienza che l'attore abbia agito in rivendica ci si è chiesti se, ed in che modo l'eventuale eccezione e/o domanda riconvenzionale di usucapione promossa dal

convenuto possa attenuare l'onere probatorio in capo al rivendicante. Il panorama a livello giurisprudenziale è abbastanza variegato, perché mutevoli possono essere le circostanze del caso concreto. Nella sentenza in commento si ritiene che il rigore probatorio di chi agisce in rivendica sia attenuato, dalla proposizione di una domanda riconvenzionale di usucapione da parte del convenuto, solo in limitati casi. Nello specifico, allorché vi sia la mancata contestazione dell'originaria appartenenza del bene rivendicato al comune autore ovvero ad uno dei danti causa dell'attore. In siffatte circostanze, il rivendicante potrà limitarsi alla dimostrazione di un valido titolo di acquisto. Tutto ciò, però è stato escluso in codesto giudizio, giacché i convenuti, sulla scorta della loro natura dichiarativa, avevano contestato la legittimità quali titoli di acquisto dell'atto di successione e di quello di divisione. In buona sostanza, allorché viene avanzata una riconvenzionale in usucapione, l'onere probatorio circa la dimostrazione del diritto di proprietà si attenua quando la contrapposta domanda sia incompatibile con la negazione di quest'ultimo. Basti pensare al comune dante causa in tema di comunione, la domanda riconvenzionale di usucapione si risolve in un accertamento che necessariamente presuppone il diritto di proprietà degli altri comunisti. Come detto il panorama è abbastanza composito, anche perché appare evidente l'esigenza di garantire la tenuta e la coerenza del sistema, alla luce del principio del non liquet su cui si conforma l'art 2697 c.c. D'altronde, se è pacifico che il principio di auto responsabilità si applichi nei casi di mancata contestazione, a maggior ragione ciò è valido quando si introducono fatti nuovi ed ulteriori nel processo. Ulteriore specificazione, nella molteplicità dei casi, è la distinzione se l'eventuale usucapione sia antecedente o successiva al titolo di proprietà del rivendicante. Se antecedente, chi agisce in rivendica dovrà sottoporsi alla probatio diabolica prevista dall'art 948 c.c., se posteriore sarà sufficiente che questi dimostri la validità del proprio titolo di acquisto⁹. Di fronte a questa corrente giurisprudenziale si apprezza l'esigenza di temperare il rigore probatorio previsto dall'azione di rivendicazione, soppesando i contrapposti titoli prospettati dall'attore e dal convenuto. In altri termini, la valutazione si sposta su quale dei titoli sia migliore, nel senso di maggior provato, anche se non del tutto fornito di prova.

4) Riflessioni conclusive

Si è dato conto di come sia piuttosto variegata la gamma delle soluzioni in ordine all'onere della prova nell'azione di rivendicazione. Di come l'attenuazione di tale onere sia strettamente e necessariamente correlata alle difese del convenuto. Tale indirizzo giurisprudenziale è del tutto condivisibile, perché assolutamente coerente con il divieto di non liquet che, secondo l'univoco pensiero, regola l'art 2697 c.c. Nel contempo, si è evidenziato come quest'ultima norma valida sul piano generale, non indichi, ma nemmeno potrebbe farlo il quantum perché la prova di un fatto possa dirsi raggiunta. Se si parte dall'assunto che l'onere della prova è un meccanismo necessario perché il giudice possa giungere ad una decisione, ciò vuol dire che questa c'è ed ha una sua utilità in quanto produce effetti sul piano del diritto sostanziale. Valga un esempio: l'attore agisce in

rivendica, il convenuto contrappone la domanda riconvenzionale di usucapione. Non vi sono dubbi che il bene è conteso tra i due soggetti. Se l'attore non riesce a dimostrare la titolarità del diritto di proprietà, non può essere dichiarato proprietario. Ma lo stesso dicasi per il convenuto se non prova l'intervenuta usucapione. Insomma, il bene non è, né dell'uno e né dell'altro. Ma soprattutto viene meno, nelle risultanze quello che dovrebbe essere lo scopo del processo civile: stabilire chi, tra le parti ha torto o ragione ed in che misura. In definitiva, allora, appare preferibile l'orientamento giurisprudenziale che adotta criteri correttivi per attenuare il rigore probatorio dell'azione di rivendicazione, soprattutto che valorizza la comparazione tra i rispettivi titoli di acquisto allegati dalle parti. E' altresì indubbio che abbia senso disquisire della distribuzione dell'onere probatorio, se tale onere sia stato soddisfatto solo laddove la prova di un fatto sia possibile. La configurazione di una prova impossibile sarebbe contraria ad un banale principio di ragionevolezza che deve ritenersi immanente al nostro sistema processuale. N'è dimostrazione il cd principio di vicinanza alla prova, di matrice giurisprudenziale, dove l'onere viene posto in carico alla parte che è in grado di poter dimostrare quel fatto. Non certo alla parte che si trovi nell'impossibilità o nell'oggettiva difficoltà di adempiere a tale compito. In ogni caso, una manifestazione espressa di tale principio la possiamo rinvenire anche sul piano del diritto positivo. Basti pensare all'art 2724 c.c., in tema di eccezione al divieto di prova testimoniale in materia di contratti, laddove al n.03 prevede tra le altre eccezioni, quella del contraente che abbia perduto senza sua colpa il documento che gli forniva la prova. In concreto, la mancanza del documento darebbe causa, origine, ad una prova impossibile che, però viene sterilizzata seppur nei ristretti limiti dell'eccezione.

Note e riferimenti bibliografici

1Raimondo Motroni, La prova della proprietà immobiliare: rilievi sistematici e considerazioni operative in Archivio Giuridico Sassarese, vol. 19-2014. 2Corrado Bonanzinga, Azione di rivendica. 3Cass. 32838/2018 laddove si afferma” In questo caso, la domanda, fondata sul titolo di proprietà era tipicamente di rivendicazione, poiché non su un rapporto obbligatorio personale inter partes, ma sul diritto di proprietà, tutelato erga omnes, del quale occorre che venga data la piena, mediante la probatio diabolica”. 4Cass. 705/2013 che ritiene” La domanda con cui l'attore chieda di dichiarare abusiva ed illegittima l'occupazione di un immobile di sua proprietà da parte del convenuto, con conseguente condanna dello stesso al rilascio del bene ed al risarcimento dei danni da essa derivanti, senza ricollegare la propria pretesa al venir meno di un negozio giuridico, che avesse giustificato la consegna della cosa e la relazione di fatto sussistente tra questa ed il medesimo convenuto, non dà luogo ad un'azione personale di restituzione, e deve qualificarsi come azione di rivendicazione”. 5Cass 23086/2004 che ribadisce: “Le due azioni, peraltro, pur avendo causa petendi e petitum distinti, in quanto dirette al raggiungimento dello stesso risultato pratico della disponibilità materiale del bene riacquisito, possono non solo proporsi in via alternativa o subordinata nel medesimo

giudizio, ma anche trasformarsi l'una nell'altra nel corso di esso, nel rispetto delle preclusioni introdotte nel codice di rito”. 6Cass 7777/2005 che giustifica il minor onere probatorio in capo all'attore: “Colui il quale propone un'azione di accertamento della proprietà di un bene non ha l'onere della probatio diabolica, ma soltanto quello di allegare e provare il titolo del proprio acquisto, atteso che detta azione non mira già alla modifica di uno stato di fatto sulla cosa di cui l'attore è già investito”. 7Cass. Sezioni Unite 7305/2014: “ Il destinatario di un'azione personale di restituzione, può bensì contrastarla con eccezioni o domande di carattere petitotrio senza tuttavia che ciò dia luogo a mutatio od emendatio libelli, che non sono neppure consentite all'attore, se non nei ristretti limiti stabiliti dall'art 183 cpc”. 8Cass 19653/2014 sull'attenuazione dell'onere probatorio: “L'azione di rivendicazione esige che l'attore provi il proprio diritto di proprietà risalendo sino all'acquisto a titolo originario attraverso i propri danti causa, o dimostrando il compimento dell'usucapione in suo favore, mentre il convenuto può limitarsi a formulare l'eccezione possideo quia possideo, senza onere di prova. Quando tuttavia il convenuto rinunci a questa posizione, opponendo, ad esempio, un proprio diverso diritto, senza contestare quello dell'attore, il giudice del merito non può respingere la domanda per difetto di prova, ma deve tener conto delle ammissioni del convenuto e degli altri fatti di causa, ricavandone possibili elementi presuntivi”. 9Cass 5161/2006: “Qualora il convenuto sostenga, in via riconvenzionale, di aver acquistato per usucapione la proprietà del bene rivendicato, si attenua l'onere probatorio posto a carico dell'attore, poiché esso si riduce alla prova di un valido titolo di acquisto da parte sua e dell'appartenenza del bene ai suoi dante causa in epoca anteriore a quella in cui il convenuto assuma di aver iniziato a possedere, nonché alla prova che quell'appartenenza non sia stata interrotta da un possesso idoneo ad usucapire da parte del convenuto”.
