



## SITUAZIONI DI FATTO E TUTELA DEL DIRITTO ALL'ABITAZIONE

Alessandro Dinisi

**ADVERTIMENT.** L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

**ADVERTENCIA.** El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

**WARNING.** Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



UNIVERSITAT  
ROVIRA I VIRGILI

UNIVERSITÀ DI PISA  
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE  
Curriculum diritto privato  
XXXII Ciclo

SITUAZIONI DI FATTO E TUTELA DEL  
DIRITTO ALL'ABITAZIONE

**Candidato**

Alessandro Dinisi  
Matricola 554874

**Supervisor**

Chiar.ma Prof.ssa  
Emanuela Navarretta

**Co-supervisor**

Chiar.mo Prof.  
Sergio Nasarre-Aznar



FAIG CONSTAR que aquest treball, titulat "Situazioni di fatto e tutela del diritto all'abitazione", que presenta Dr. Alessandro Dinisi per a l'obtenció del títol de Doctor, ha estat realitzat sota la meva direcció a la Càtedra UNESCO d'Habitatge d'aquesta universitat.

HAGO CONSTAR que el presente trabajo, titulado "Situazioni di fatto e tutela del diritto all'abitazione", que presenta Dr. Alessandro Dinisi para la obtención del título de Doctor, ha sido realizado bajo mi dirección en la de esta universidad.

I STATE that the present study, entitled "Situazioni di fatto e tutela del diritto all'abitazione", presented by Dr. Alessandro Dinisi for the award of the degree of Doctor, has been carried out under my supervision at the UNESCO Housing Chair of the URV of this university.

Tarragona-Roma, 4 June 2021  
[Ciutat], [data] / [Ciudad], [fecha] / [City], [date]

El/s director/s de la tesi doctoral  
El/los director/es de la tesis doctoral  
Doctoral Thesis Supervisor/s

[signatura] / [firma] / [signature]

Professor Sergio Nasarre Aznar  
[nom] / [nombre] / [name]

Sergio  
Nasarre Aznar

Firmado  
digitalmente  
por Sergio  
Nasarre Aznar  
Fecha:  
2021.06.04  
09:24:08 +02'00'

[signatura] / [firma] / [signature]

Professor Emanuela Navarretta  
[nom] / [nombre] / [name]

*A*

*Elena e Giovanni,*

*Ornina e Carmelo*

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI  
SITUAZIONI DI FATTO E TUTELA DEL DIRITTO ALL'ABITAZIONE  
Alessandro Dinisi

## INDICE

### CAPITOLO I – Introduzione

1. Ragioni della ricerca	1
2. Una necessaria premessa: il diritto all'abitazione nelle situazioni di fatto	7
3. Obiettivi e linee di ricerca. Situazioni di fatto e assenteismo proprietario	12
4. Condizione abitativa in Italia. Abusivismo e case vacanti	14
5. Piano della ricerca	19

## PARTE PRIMA

### SITUAZIONI DI FATTO NEL DIRITTO CIVILE

### CAPITOLO II – Possesso e detenzione

1. Possesso e detenzione nel Codice civile	25
2. Possesso. Potere di fatto e attività	29
3. L'astensione dei terzi	34
3.1. Attività e continuità del possesso	37
3.2. Il potere di fatto nella giurisprudenza	42
4. Ruolo dell' <i>animus</i> nella distinzione tra possesso e detenzione	49
4.1. (segue) <i>animus</i> e dismissione del possesso	56
5. Detenzione. Coincidenza del <i>corpus</i>	59
5.1. Rilevanza del titolo nella distinzione tra possesso e detenzione	63
5.2. (segue) titolo e attività in possesso e detenzione	67
5.3. Detenzione come situazione di diritto? Rilevanza del titolo invalido o inefficace	70
6. Detenzione tutelata e detenzione per ragioni di servizio o ospitalità	74
6.1. (segue) detenzione qualificata. Inammissibilità della categoria	78
7. Altre situazioni di fatto	80
8. Prime riflessioni conclusive su <i>corpus</i> e <i>animus</i> nel possesso	81

### CAPITOLO III – Il comportamento del proprietario nelle vicende del possesso altrui

1. Premessa	87
-------------	----

2. Tolleranza e acquisto del possesso	90
2.1. Struttura del comportamento di tolleranza	97
2.2. (segue) natura giuridica della tolleranza	103
2.3. Illiceità dell'attività tollerata	107
2.4. Detenzione per tolleranza e tutela possessoria	109
2.5. L'equilibrio economico nel rapporto tra proprietario e tollerato	113
2.6. Cessazione della tolleranza e tutela dell'affidamento	115
3. La tolleranza nella giurisprudenza dell'art. 1, I Prot., CEDU	124
3.1. (segue) <i>espérance</i> del possessore e <i>tolérance</i> dello Stato	129
3.2. (segue) il giusto equilibrio delle ipotesi di tolleranza	137
4. Inerzia del proprietario e possesso	142
4.1. Inerzia e illiceità dell'ingerenza	145
4.2. Inerzia e imprescrittibilità della proprietà	151
4.3. (segue) il significato dell'usucapione (cenni). Aspettativa del possessore	156
5. Abbandono della proprietà	161
5.1. (segue) e abbandono del possesso	163
6. Conclusione e brevi rilievi critici	169

## PARTE SECONDA

### SITUAZIONI DI FATTO E DIRITTO ALL'ABITAZIONE

#### CAPITOLO IV – Diritto all'abitazione e rapporti interpretati

1. Premessa	177
2. Il diritto all'abitazione nella Costituzione italiana e nella giurisprudenza costituzionale	178
2.1. Applicazioni orizzontali. Danno non patrimoniale da lesione dell'abitare	187
2.2. (segue) danno non patrimoniale e legittimazione attiva del possessore	193
3. La tutela dell'abitazione nel diritto dell'Unione europea	199
4. Il diritto all'abitazione nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Il concetto di <i>home</i> ai sensi dell'art. 8 CEDU	206
4.1. Il giudizio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo: a) garanzie procedurali	213

4.2. (segue) b) garanzie sostanziali	217
4.3. (segue) il contenuto sociale nel test di proporzionalità	220
5. Proiezione orizzontale dell'art. 8 CEDU e conflitto con l'art. 1, Prot. 1	223
5.1. Obblighi positivi nella casistica dell'art. 8 CEDU	229
5.2. Prospettive di applicazione degli obblighi positivi ai conflitti tra privati	234
6. Applicabilità della CEDU nel diritto privato nazionale	239

## **CAPITOLO V – Situazioni abitative di fatto e prospettive di tutela**

1. Situazioni di fatto familiari. Applicazioni giurisprudenziali e definizione legislativa	249
1.1. Convivente <i>more uxorio</i> : né ospite né possessore	258
1.2. (segue) negozio familiare e detenzione qualificata	263
1.3. Il diritto di continuare ad abitare del convivente	271
2. Detenzione abitativa e tutela possessoria	280
3. L'occupazione <i>sine titulo</i> a scopo abitativo	287
3.1. Profili di rilevanza penale dell'interesse abitativo	291
4. L'occupante di un'abitazione in proprietà pubblica. Recepimento dell'art. 8 CEDU	300
5. Ipotesi di tutela civilistica dell'abitante abusivo di proprietà privata: a) proprietario tollerante	310
5.1. (segue)b) proprietario inerte. Ruolo dello Stato negli sfratti privati	315

## **CONCLUSIONI**

1. Concezione attivistica delle situazioni di fatto	325
2. Tutela delle situazioni di fatto in generale	326
3. Diritto all'abitazione nel contesto nazionale ed europeo	330
4. Situazioni abitative di fatto. Quali tutele?	332

<b>ENGLISH SUMMARY</b>	341
------------------------	-----

<b>BIBLIOGRAFIA</b>	361
---------------------	-----



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI  
SITUAZIONI DI FATTO E TUTELA DEL DIRITTO ALL'ABITAZIONE  
Alessandro Dinisi

---

## CAPITOLO I – Introduzione

---

### Sommario

1. Ragioni della ricerca. 2. Una necessaria premessa: il diritto all'abitazione nelle situazioni di fatto. 3. Obiettivi e linee di ricerca. Situazioni di fatto e assenteismo del proprietario. 4. Condizione abitativa in Italia. Abusivismo e case vacanti. 5. Piano della ricerca.

---

### 1. Ragioni della ricerca

L'obiettivo della ricerca è quello di indagare l'opportunità di un adattamento dell'istituto del possesso all'esigenza di salvaguardia dei diritti fondamentali della persona e, in particolare, al soddisfacimento del bisogno abitativo di chi gode di una casa in assenza di un titolo giuridico di appartenenza. Il risultato atteso consiste in una proposta di rimodulazione della disciplina rimediale civilistica – sia sul piano possessorio che su quello petitorio – predisposta per le situazioni di fatto, in funzione di una più energica protezione del godimento di una casa, come imposta dalle fonti costituzionali e internazionali.

Lo studio delle situazioni di fatto è generalmente trattato in una prospettiva neutrale, che non tiene conto del tipo di bene a cui il potere di fatto si riferisce. A eccezione della generale dicotomia tra beni mobili e immobili, la disciplina del possesso contenuta nel Codice civile non opera alcuna distinzione tra le caratteristiche dei beni su cui possa insistere l'attività possessoria, che sia in grado di far emergere la loro diversa destinazione d'uso e, di conseguenza, le varie possibili utilità che questi sono in grado di offrire<sup>1</sup>. Questo *deficit* impedisce di valorizzare la natura personale – e non meramente economica – dell'interesse sotteso allo sfruttamento diretto di alcuni beni, quali l'abitazione, la cui protezione è garantita al massimo livello dell'ordinamento nazionale e sovranazionale.

---

<sup>1</sup> Autorevole dottrina ha mostrato come ogni istituto che regola i diritti di possesso, uso e godimento dei beni, non possa prescindere dal tipo di utilità che i beni sono in grado di esprimere, al fine di individuare la molteplicità e la diversa natura degli interessi che su tali beni possono insistere. L'attenzione per il tipo di bene, punto di incontro tra utilità e interesse, consente di metterne in luce le caratteristiche naturali – o se si vuole la sua ontologia (cfr. A. GAMBARO, *Ontologia dei beni e jus excludendi*, in *Comparazione e diritto civile*, n. 2, 2010; ID., *I beni*, Giuffrè, Milano, 2012) –, al fine di conformare la situazione (giuridica o di fatto) alla specifica utilità che questo esprime.

Del resto, una certa insensibilità verso gli interessi della persona è stata denunciata in dottrina con riferimento all'intero Libro III del Codice civile<sup>2</sup>. Si tratta di una neutralità che l'impostazione codicistica tendeva a mantenere nella regolamentazione delle situazioni giuridiche di appartenenza – *in primis* il diritto di proprietà – la cui insostenibilità sul piano sistematico è stata resa più esplicita dall'inesorabile prevalenza assiologica dei principi costituzionali sulle regole di governo di qualsiasi rapporto privatistico<sup>3</sup>.

La questione diventa cruciale con riferimento all'abitazione, quale bene materiale rivale la cui appropriazione è funzionale al soddisfacimento di un bisogno personale dell'uomo<sup>4</sup>: per l'attitudine che la

---

<sup>2</sup> Resta esemplare in tal senso l'impetoso commento di G. BRANCA, *Osservazione a Cass. 26 aprile 1975, n. 1604*, in *Foro it.*, n. I, 1975, pp. 1672, che, rispetto ad una decisione della Cassazione di negare il diritto di un condomino disabile a chiedere l'installazione di un ascensore anche contro l'opposizione dell'altro condomino, constatò che «*nel giardino dei diritti reali non c'è posto per le malattie dei titolari*».

<sup>3</sup> Più in generale sul rapporto tra persona e proprietà v. P. RESCIGNO, *Disciplina dei beni e situazioni della persona*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 5, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 861 ss., in particolare pp. 872-76. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 323-35 sulla funzione sociale come strumento di limitazione dei poteri proprietari. L'Autore individua nella categoria dei beni comuni la via per rileggere l'istituto proprietario in funzione di una maggiore tutela della persona, affermando che «*l'astrazione proprietaria si scioglie nella concretezza dei bisogni, ai quali viene data evidenza collegando i diritti fondamentali ai beni indispensabili per la loro soddisfazione*» (p. 464). Sull'abitazione in particolare v. A. DE VITA, *Diritto alla casa in diritto comparato*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, UTET, Torino, 1990: «*il diritto dei beni si "personalizza", muovendo quasi da aspirazioni di più terreno giusnaturalismo. Si qualifica oggi innanzitutto come il diritto che mette le cose al servizio dell'uomo, moltiplicandone e redistribuendone le forme di utilizzazione, e fissando la latitudine dei poteri proprietari a seconda del fondamento della loro attribuzione*». La prima occasione per un ripensamento in senso personalistico della disciplina dei diritti reali è stata offerta dall'affermarsi del carattere precettivo del diritto alla salute. A titolo esemplificativo si veda U. BRECCIA, *Tutela della salute e disciplina dell'edilizia*, in F. D. BUSNELLI, U. BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Giuffrè 1978.; rispetto all'art. 844 c.c. si vedano le riflessioni di V. SCALISI, *Immissioni di rumore e tutela della salute*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, pp. 127 ss.

<sup>4</sup> L'importanza rivestita da determinati beni per la realizzazione del benessere individuale della persona è stata messa efficacemente in luce da M. J. RADIN, *Property and Personhood*, in *Stanford Law Review*, n. 34, 5 1982, pp. 957 ss.; EAD., *Reinterpreting property*, University of Chicago Press, Chicago, 1993, pp. 35 ss.: secondo l'Autrice è possibile individuare «*some property worthier of protection than other property*» a causa delle conseguenze personali subite dal titolare per la sua perdita. Di questi beni la casa è un esempio paradigmatico. Cfr. nella medesima direzione di indagine L. FOX

casa ha nel rappresentare per l'individuo non solo un valore economico ma soprattutto uno spazio fisico di riservatezza, di pieno sviluppo della propria personalità e una fonte di sicurezza sociale, l'interesse alla conservazione di un pieno godimento abitativo non si esaurisce nella patrimonialità ma si proietta nella sfera giuridica delle persone che direttamente godono del bene<sup>5</sup>.

Queste riflessioni esibiscono l'inadeguatezza di una disciplina improntata ad attribuire prevalente rilievo al carattere patrimoniale del contenuto del diritto. Così, la difficoltà di apprezzare il peso effettivo delle conseguenze personali derivanti dalla perdita della casa non consente una ponderazione effettiva tra l'interesse abitativo e l'eventuale contro-interesse economico in conflitto, stante la pretesa fungibilità tra la disponibilità diretta del bene e il suo equivalente monetario. Si impone, così, un generale ripensamento delle situazioni giuridiche di appartenenza – reali, personali o di fatto – al fine di conformare una disciplina di governo dell'*avere* alle esigenze di tutela dell'*essere*<sup>6</sup>.

Invero, l'ordinamento costituzionale non ignora l'importanza dell'abitazione per la piena realizzazione della persona. Tuttavia, la prima e più esplicita preoccupazione che emerge dal testo della Carta è quello di garantire l'accessibilità della proprietà dell'abitazione (art. 47 Cost.) risolvendo in questo modo il soddisfacimento dell'esigenza personale – diritto *alla* casa – nella promessa di accesso alla situazione patrimoniale – diritto *sulla* casa<sup>7</sup>. Un ambizioso obiettivo che – al netto

---

O'MAHONY, *Conceptualising home: theories, laws and policies*, Hart Publication, Oxford, 2007, pp. 287 ss.

<sup>5</sup> L. FOX O'MAHONY, J. A. SWEENEY, *The idea of home in law: displacement and dispossession*, in L. FOX O'MAHONY, J. A. SWEENEY (a cura di), *The idea of home in law: displacement and dispossession*, Ashgate Pub, Farnham, Surrey, 2011, pp. 1-11; L. FOX O'MAHONY, *Conceptualising home: theories, laws and policies*, cit., pp. 109-22.

<sup>6</sup> U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, Giuffrè, Milano, 1980; T. MARTINES, *Il "diritto alla casa"*, in N. LIPARI (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona umana*, Laterza, Roma-Bari, 1974, pp. 391-405.

<sup>7</sup> Che il riferimento costituzionale all'accessibilità (art. 42 Cost.) si riduca alla «*necessità per tutti e ciascuno di poter divenire titolare del diritto sul bene secondo il modello della proprietà solitaria*» è un'idea ormai sostituita da una nozione di accesso non «*necessariamente e strumentalmente collegata all'acquisizione di un titolo di proprietà. Accesso e proprietà si presentano come categorie autonome e, in diverse situazioni, potenzialmente o attualmente in conflitto. Si può accedere a un bene, e goderne delle utilità, senza assumere la qualità di proprietario*»; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 108; già in S. RODOTÀ, *Beni comuni: una strategia globale contro lo human divide*, in M. R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, 2012, pp. 314.

dei bilanci più o meno deludenti circa il suo grado di effettiva – nel concentrare l'attenzione sull'accessibilità ovvero, al più, sulla necessità di conformare la proprietà, e gli altri diritti patrimoniali, alle varie istanze imposte dal diritto all'abitare, trascura di indagare un momento del rapporto tra bene ed esigenza abitativa più basilare, che prescinde dalla necessaria intermediazione di una situazione giuridica di appartenenza.

Se presa sul serio, l'affermazione incondizionata del diritto all'abitare impone di riconoscere la rilevanza giuridica del bisogno a prescindere dalla forma giuridica che questo assume ma guardando alla mera fattualità del legame tra soggetto e bene<sup>8</sup>. Molti sono i contesti in cui la necessità di non pregiudicare la stabilità abitativa, invocata prendendo come presupposto fondativo nient'altro che un legame di fatto, impone la ricerca di soluzioni tal volta addirittura confliggenti con l'assetto di interessi che risulterebbe da un'applicazione formalistica delle regole dominicali. In particolare, la natura rivale del bene su cui insiste il conflitto tra interessi patrimoniali e personali rende particolarmente stringente la necessità di attribuire alla situazione di fatto una forma giuridica riconoscibile, che consenta non soltanto di dare protezione al bisogno personale ma anche di delinearne i confini e i limiti e, di conseguenza, di non sacrificare in misura imprevedibile e irragionevole gli interessi patrimoniali che su quello stesso bene insistono<sup>9</sup>.

Tali quesiti rendono ancor più insostenibile la carenza di considerazione, nel diritto del possesso, delle possibili istanze di conservazione della stabilità abitativa che possano far apparire opportuno un ripensamento della distribuzione degli strumenti di tutela offerti a chi esercita sul bene un potere di mero fatto, non sorretto da un titolo di appartenenza che legittimi il suo godimento. Se, infatti, è il potere di fatto a trovare riconoscimento e tutela, a prescindere dalla

---

<sup>8</sup> U. BRECCIA, *Itinerari del diritto all'abitazione*, in A. BUCELLI (a cura di), *L'esigenza abitativa: forme di fruizione e tutele giuridiche. Atti del convegno in onore di Gianni Galli, Firenze, 19-20 ottobre 2012*, CEDAM, Padova, 2013, pp. 123 ss., p. 141, secondo cui «tutta la materia del diritto all'abitazione chiama in causa, quasi per definizione (e a volte in maniera clamorosa), i fatti e le forme del diritto, nelle loro corrispondenze di segno non univoco, a seconda che siano armoniche o conflittuali».

<sup>9</sup> Scrive U. BRECCIA, *Diritto all'abitare*, in *Enc. giur. Treccani*, 2009, oggi anche in U. BRECCIA, *Immagini del diritto privato. Teoria generale, fonti, diritti*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 539 ss., in particolare, p. 550: «un motivo conduttore costante, ogni qual volta si parli di diritto all'abitare, è costituito dai limiti di rilevanza da attribuirsi alle condizioni di fatto e dalle cautele quando si passi alle conversioni in altrettante situazioni di diritto».

corrispondenza del fatto al diritto, l'esigenza di protezione dell'abitante, merita di essere esplorata anche (e soprattutto) in relazione a questa diversa situazione.

Invero, l'opportunità di sostituire il possesso alla proprietà quale forma di appartenenza primariamente chiamata in causa dall'esigenza di soddisfare il bisogno abitativo nasce da considerazioni di ordine sia teorico che pratico.

Innanzitutto, l'attenzione che la disciplina possessoria pone al valore d'uso del bene giustifica un approfondimento del suo possibile nesso funzionale con la tutela dell'abitante<sup>10</sup>: in quanto situazione intransmissibile e insuscettibile di valutazione economica, il possesso acquista valore ed è protetto dall'ordinamento in quanto valore di organizzazione socioeconomica per chi controlla effettivamente il bene<sup>11</sup>. Questa caratteristica del possesso sembra intercettare un aspetto essenziale della tutela dell'abitazione: da una parte, anche le prerogative assegnate dal diritto all'abitazione non hanno come necessario presupposto la sussistenza di un titolo che ne giustifichi l'uso ma guardano al mero controllo attuale del bene; dall'altra, la tutela abitativa che consente di affermare il sacrificio di un opposto interesse economico, in quanto fondata sul diretto soddisfacimento del bisogno per mezzo del bene, al contempo, non può dar adito a forme di sfruttamento di quel bene che esorbitino il godimento diretto. Così, chi gode di un'abitazione – e pretende di continuare a farlo – non vuole (e non potrebbe) rivendicare l'appropriazione delle utilità indirette della *res*, ma soltanto la conservazione del valore d'uso<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Mentre l'istituto della proprietà attribuisce al suo titolare diverse prerogative, comprese quelle che sfruttano il *valore commerciale* del bene (*id est* il diritto di disporre), la regolamentazione del possesso si concentra sulla tutela del godimento diretto dei beni. Cfr. per una analisi delle varie facoltà dominicali, cfr. A. M. HONORÉ, *Ownership*, in A. G. GUEST (A CURA DI), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 1961.

<sup>11</sup> Così argomenta P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 501, secondo cui «*la privazione improvvisa del possesso procura al possessore un danno che normalmente va al di là del valore della cosa, perché comprende il turbamento dell'intero sistema di interessi, aspettative, decisioni, coordinamenti che vi si è formato attorno*». In senso analogo, attraverso la comparazione con il sistema tedesco, A. GAMBARO, *La legittimazione passiva alle azioni possessorie*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 119-120; v. anche L. CABELLA PISU, *Azioni possessorie*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, 1988, p. 56.

<sup>12</sup> Cfr. rispetto alla nozione di *home* elaborata dalla Corte di Strasburgo, U. MATTEI, R. A. ALBANESE, R. J. FISHER, *Commons as possessions: The path to protection of the commons*

Il legame tra l'abitare e la fattualità è confermato anche dalla giurisprudenza nazionale e internazionale di massimo livello. Rispetto alle pronunce interne, è sufficiente ricordare come l'esigenza di riconoscere ad una stabile situazione di convivenza la medesima dignità in termini di protezione del *continuum* abitativo, già attribuita in via legislativa alla coppia coniugata, abbia offerto al giudice costituzionale l'occasione per sancire il carattere *inviolabile* del diritto all'abitazione<sup>13</sup>. Ma ancora più esplicito è l'approccio giurisprudenziale della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che, nel definire la nozione di *home* protetta dall'art. 8 CEDU, traccia il criterio di demarcazione di ciò che è meritevole di protezione avendo riguardo al *legame continuo e sufficiente* tra soggetto e bene, senza guardare alla legittimità giuridica dell'uso, ma a circostanze di mero fatto<sup>14</sup>.

Naturalmente, l'emersione di una considerazione squisitamente fattuale dell'interesse abitativo non è tale da giustificare *sic et simpliciter* una protezione totale e assoluta del godimento *sine titulo*, che finirebbe non soltanto per negare le prerogative giuridiche di chi sullo stesso bene vanta diritti patrimoniali preesistenti e formalmente superiori al potere di fatto, ma che nondimeno eluderebbe il necessario sforzo costruttivo di dare al dovere di protezione dell'abitante una forma giuridica certa. Il nesso diretto tra casa e soggetto suggerisce, piuttosto, la necessità di anticipare lo sforzo di conformazione in senso personalista della disciplina civilistica ad un momento antecedente l'acquisizione di una stabile posizione di diritto, che consenta di comparare «la situazione

---

*in the ECHR system*, in *European Law Journal*, 2019, p. 15 che pongono l'accento su «*the role of use value within the interpretative construction of Article 8 ECHR*».

<sup>13</sup> Corte Cost., 07 aprile 1988, n. 404, in *Giur. cost.*, 1988, I, 1789. Sull'analisi della sentenza si avrà modo di tornare in Cap. IV per poi svolgere, in Cap. V, alcune considerazioni circa l'attualità del principio nella nuova legislazione sulle convivenze di fatto.

<sup>14</sup> In tal senso il consolidato orientamento della Corte per cui «*whether or not a particular habitation constitutes a "home" for the purposes of Article 8(1) will depend on the factual circumstances of the particular links, namely the existence of sufficient and continuous links. It is not limited necessarily to those homes which have been lawfully occupied or lawfully established*». V. Corte EDU, *Winterstein e Altri c. Francia*, 17 ottobre 2013, par. 141; Corte EDU, *Orlić c. Croazia*, 21 giugno 2011, par. 54; Corte EDU, *McCann c. Regno Unito*, 13 agosto 2008, par. 46; Corte EDU, *Prokopovitch c. Russia*, 18 novembre 2004, par. 36; Corte EDU, *Buckley c. Regno Unito*, 29 settembre 1996, par. 52-54. Tra le prime pronunce in tal senso, Corte EDU, *Gillow c. Regno Unito*, 24 novembre 1986, par. 46; Commissione (Seduta Plenaria), *Wiggins c. Regno Unito*, 8 febbraio 1978. Cfr. l'analisi dettagliata di tale giurisprudenza in Cap. IV.

*di privazione dei soggetti (in ordine a un bene essenziale qual è l'abitazione) al comportamento del proprietario»<sup>15</sup>.*

Questi primi rilievi giustificano, quindi, una considerazione più analitica del regime giuridico delle situazioni di fatto sulla casa, al fine di valutare come l'interesse abitativo dovrebbe plasmare la struttura interna degli istituti possessori influenzandone la qualificazione giuridica<sup>16</sup> e, di conseguenza, offrire l'occasione per un ripensamento – o in via interpretativa o *de jure condendo* – dell'assetto di tutele predisposto che consenta di garantire quell'effettiva esigenza di rafforzamento della stabilità abitativa imposta dall'ordinamento costituzionale multilivello.

## **2. Una necessaria premessa: il diritto all'abitazione nelle situazioni di fatto**

L'indagine sull'efficacia giuridica del diritto all'abitazione nelle situazioni di fatto richiede una preliminare definizione della molteplicità di interessi e pretese che sono ricompresi al suo interno. Il tema, che verrà approfondito nella Parte II della ricerca, richiede una premessa generale circa il contenuto ambivalente della nozione di “diritto all'abitazione” e del diverso rapporto tra queste diverse accezioni e il problema delle situazioni di fatto.

Per la sua peculiare natura di diritto sociale inviolabile, il diritto all'abitazione ha un contenuto complesso e plurale che assume rilevanza diversa a seconda della concreta pretesa che nel caso di specie l'individuo ha interesse a far valere rispetto ad un'abitazione. La relazione tra il soggetto e il bene, infatti, può evocare pretese di accesso o di conservazione a seconda che l'interessato sia nella disponibilità dell'alloggio e del grado di sicurezza giuridica e materiale dello stesso. Inoltre, il tipo di interesse in concreto rivendicato – accesso o conservazione – condiziona la tecnica di tutela predisposta da parte dell'ordinamento giuridico nel suo complesso per dare attuazione al diritto alla casa<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, cit., p. 118, con particolare riferimento al conflitto tra non uso della proprietà e diritto all'abitazione.

<sup>16</sup> Si pensi a forme d'uso dell'alloggio in passato considerate immeritevoli di protezione – detenzione per ragioni di ospitalità o servizio, uso tollerato della *res* – che alla luce della direttrice costituzionale spingono l'interprete a porsi il problema del loro ripensamento (cfr. Cap. V).

<sup>17</sup> Cfr. U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, cit., p. 12, il quale per primo mette in luce il contenuto precettivo e molteplice insito nella formula “diritto all'abitazione”.



Per tale ragione, appare fin da subito congeniale distinguere tra il *diritto all'abitazione* in senso stretto, quale diritto sociale del singolo in stato di bisogno a ricevere una casa in assegnazione grazie alla realizzazione di precise politiche pubbliche per la costruzione e la distribuzione di alloggi a chi ne ha bisogno, dal concetto di *diritto all'abitare*, che invece evoca la necessità di riconoscere una protezione privilegiata a chi esercita a vario titolo il godimento di un alloggio e che, di fronte al rischio di una eccessiva compressione di quest'attività, rivendica una tutela che consenta di non sacrificarne in modo sproporzionato la conservazione e la pienezza<sup>18</sup>. In altri termini, se la principale direttiva sottesa alla formula diritto *alla* casa evoca un'istanza da promuovere, vale a dire quella di garantire l'accesso al bene-casa a tutti i consociati, in tale contenuto (cd. accezione "forte") non si esaurisce la sua operatività. Accanto all'accesso, la tutela del medesimo bisogno si concretizza nel garantire all'abitante e alla sua famiglia una qualità del godimento della casa e dell'*habitat* circostante nonché nell'interesse a conservare l'abitazione in cui l'individuo ha instaurato la propria vita privata e familiare a fronte di vicende legate al titolo di appartenenza del bene che possano mettere a repentaglio la stabilità<sup>19</sup>. Il diritto all'abitazione, dunque, si riempie di un contenuto più ampio che si riferisce non soltanto al problema dell'erogazione di una prestazione sociale di cui deve farsi carico l'attore pubblico ma si lega anche all'attività di *abitare* in tutte le fasi del suo svolgimento.

La distinzione è necessaria per comprendere il modo in cui il diritto all'abitazione nelle sue varie articolazioni dispieghi i propri effetti, in senso verticale e orizzontale, attraverso tecniche di attuazione che mutano a seconda dell'interesse in concreto fatto valere. Come si avrà modo di approfondire, la proiezione orizzontale del diritto alla casa può realizzarsi attraverso l'impiego di tecniche interpretative del diritto positivo e, in alcune ipotesi, per mezzo di un'applicazione diretta del dettato costituzionale, con la finalità non soltanto di promuovere l'istanza

---

<sup>18</sup> E. BARGELLI, *Costituzionalizzazione del diritto privato e diritto all'abitazione. Dal diritto interno alla Cedu e alla Corte di Giustizia e ritorno*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Drittzwirkung und principio di effettività nelle discipline di settore Bioetica. Diritti sociali. Alimentazione*, Giappichelli 2017, p. 90. La formula "diritto all'abitare" viene introdotta da U. BREC-CIA, *Diritto all'abitare, in XXI Secolo*, Treccani, Roma, 2009, consultabile online presso [http://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-all-abitare\\_%28XXI-Secolo%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-all-abitare_%28XXI-Secolo%29/) (ultima consultazione 8 giugno 2019).

<sup>19</sup> F. BILANCIA, *Brevi riflessioni sul diritto all'abitazione*, in *Le istituzioni del federalismo*, 3-4, 2010, pp. 231-248, p. 235.

sociale all'accesso ma anche di attribuire all'interessato situazioni giuridiche di vantaggio funzionali al soddisfacimento del bisogno e di introdurre un criterio di valutazione e controllo dell'esercizio di contrapposti diritti che in concreto sacrificano eccessivamente l'interesse abitativo<sup>20</sup>.

Da una parte, infatti, l'istanza di accesso richiede per la sua soddisfazione che lo Stato intervenga come erogatore della prestazione sociale a favore di quei soggetti che sono economicamente esclusi dal mercato abitativo. In questo interesse a ricevere in godimento un alloggio è possibile cogliere la natura sociale del diritto all'abitazione e la sua funzione marcatamente redistributiva, in quanto il suo soddisfacimento impone necessariamente l'impiego di risorse pubbliche finanziate dalla fiscalità generale. Il riconoscimento di tale *pretesa* nei confronti dell'azione dello Stato pone a sua volta il problema della giustiziabilità in concreto del diritto sociale. Un conto, infatti, è introdurre una direttiva di principio eventualmente sindacabile su piano della legittimità delle scelte legislative di politica sociale, un altro è riconoscere un vero e proprio obbligo in capo allo Stato, il cui inadempimento produce effetti giuridici direttamente azionabili da parte di chi è sprovvisto di alloggio<sup>21</sup>.

Diversamente, quando l'esigenza di protezione riguarda l'effettivo godimento di un'abitazione che è già nella disponibilità del singolo e della sua famiglia la *pretesa* finisce per assumere una forma analoga a quella prevista per le libertà negative, in quanto mira a proteggere la sfera privata e familiare dell'interessato contro eventi o comportamenti che mettano a repentaglio lo spazio abitativo, sia attraverso una compressione della sua idoneità a soddisfare il bisogno in modo adeguato (si pensi ad esempio alle immissioni) sia realizzando una sua assoluta privazione. Questa diversa declinazione del diritto all'abitazione come tutela dell'abitare, per il suo contenuto *protettivo* della situazione di disponibilità dell'alloggio, è idonea non soltanto a rivolgersi nei confronti dello Stato – il quale resta parimenti obbligato a rispettare la vita privata e familiare – ma a proiettarsi anche nei rapporti orizzontali con gli altri privati.

Tale ambivalenza di contenuti, d'altra parte, non rappresenta certo una stravaganza per il costituzionalismo moderno: la tradizionale

---

<sup>20</sup> U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, cit., pp. 10–11.

<sup>21</sup> Sul concetto di “giustiziabilità” v. ancora E. BARGELLI, *Costituzionalizzazione del diritto privato e diritto all'abitazione. Dal diritto interno alla Cedu e alla Corte di Giustizia e ritorno*, cit., pp. 88 ss.

distinzione tra diritti civili e diritti sociali è da tempo messa in discussione dalla constatazione che nessun diritto fondamentale possa essere distinto in ragione del suo contenuto rispettivamente negativo o positivo. Così, risulta ormai assodato che, come le tradizionali libertà negative non si risolvono soltanto in un generalizzato dovere di astensione dello Stato e dei consociati, anche i diritti sociali non riducono la loro efficacia nella pretesa di una prestazione positiva che lo Stato dovrebbe erogare all'interessato. La rigida separazione sfuma così in una mera prevalenza di un momento sull'altro che apre la strada al ripensamento dell'efficacia dei diritti umani: da una parte, anche per le tradizionali libertà sarà possibile riconoscere particolari obblighi positivi statali che ne garantiscano la piena protezione e, dall'altra, le pretese di astensione dall'interferenza sia statale che privata consentirà di dare piena attuazione ai diritti sociali<sup>22</sup>.

La inscindibile coesistenza di questi due profili – negativo e positivo – emerge a maggior ragione quando l'attività abitativa viene esercitata in via *di fatto*. Quando il godimento di un alloggio si realizza in assenza di un titolo di appartenenza che lo legittimi, infatti, il momento della tutela della stabilità abitativa (diritto all'abitare) e quello dell'accesso (diritto all'abitazione) si intrecciano, assumendo una concorrente rilevanza per la soluzione del conflitto tra situazione di fatto e contrapposta situazione di diritto. Da una parte, infatti, si pone il problema di evitare che in situazioni di vulnerabilità socioeconomica l'esercizio formalmente legittimo di pretese dominicali restitutorie da parte di chi ne ha diritto risulti in concreto sproporzionato ed esorbitante rispetto alle conseguenze pregiudizievoli di chi subisce una repentina estromissione dall'alloggio. Dall'altra, non si può eludere la posizione di chi debba sopportare il peso della debolezza economica e sociale di alcuni consociati: l'esigenza di fornire soluzioni alternative a chi rimarrebbe sprovvisto di un'abitazione non è a carico di chi vanta il diritto sul bene. È lo Stato, infatti, ad essere il destinatario dell'obbligo di fornire la prestazione sociale nei confronti dell'abitante a rischio di esclusione abitativa. Il conflitto tra privati (abitante e proprietario) non si può esaurire dunque in una semplicistica prevalenza di un interesse sull'altro, in

---

<sup>22</sup> S. SCAGLIARINI, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*, in *Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul diritto e a giustizia costituzionale*, 2012 pp. 6-8; A. D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Giuffrè, Milano 2003.

quanto richiede di considerare la posizione di garanzia del soggetto pubblico su cui grava in ultima istanza il dovere di evitare la lesione del diritto all'abitare. In questa prospettiva, è necessario indagare se e a quali condizioni sia configurabile un obbligo giustiziabile in capo allo Stato.

In conclusione, il fenomeno delle situazioni di fatto abitative fa emergere a pieno la complessità del diritto all'abitazione nelle sue varie declinazioni. Qualsiasi tentazione di ridurre la pluralità di interessi e conflitti che emergono dalla realtà sociale delle occupazioni *sine titulo* rischia di condurre a soluzioni estemporanee<sup>23</sup>, prive di una minima calcolabilità e, quindi, insoddisfacenti perché foriere di incertezza giuridica e inaffidabilità dell'ordinamento nel suo complesso<sup>24</sup>.

Così, affermare il diritto dell'occupante *sine titulo* di continuare ad abitare in una casa in pregiudizio all'altrui situazione di appartenenza finirebbe per sacrificare eccessivamente il contenuto della proprietà, ben oltre la garanzia costituzionale di istituto (art. 42, 1° co., Cost.). Parimenti, l'esecuzione tempestiva dello *jus excludendi alios* – a prescindere da qualunque considerazione dei pregiudizi alla persona che ne deriverebbero o del comportamento assenteista del proprietario che può aver contribuito all'instaurazione della situazione di fatto – finirebbe per contraddire la teorica prevalenza dei diritti umani sulle libertà economiche. Infine, l'assenza di responsabilizzazione dell'attore pubblico che dovrebbe farsi carico di trovare soluzioni alternative per

---

<sup>23</sup> U. BRECCIA, *Incontro con gli allievi del dottorato in "scienze giuridiche" e in "diritto"*, relazione comunicata agli allievi in occasione della *Presentazione del volume Discorsi sul diritto*, Università di Pisa, Pisa, 29 maggio 2019: «i giudici, in una tale contingenza tanto precaria quanto pressante, possono sentirsi legittimati "a far discendere la risposta di giustizia nel caso concreto" non dall'interpretazione di una norma ben individuata [...], ma dal diretto quanto generico rinvio a valori "ritenuti immanenti nel sistema giuridico". Questa via di creazione del diritto senza un'adeguata mediazione interpretativa non può risolversi, nondimeno, in una sorta di aggiramento del principio, tuttora vigente, della separazione dei poteri, quale tratto identificativo della cultura costituzionalistica moderna d'Occidente».

<sup>24</sup> Sul punto si veda l'analisi di S. NASARRE-AZNAR, "Robinhoodian" courts' decisions on mortgage law in Spain, in *International Journal of Law in the Built Environment*, n. 7, 2 2015, pp. 127-47, il quale rispetto al contesto spagnolo nel commentare alcune decisioni delle Corti orientate alla protezione dell'interesse abitativo rileva come «all of these "Robin Hood" decisions could well be seen as social justice [...] However, we should be aware that paralegal or simply illegal decisions or the distortion of the basic pillars of civil law rules might not represent the right path, as they entail other externalities and costs (i.e. the cost of the benefit received by a particular person is paid by others who might be still paying their own obligations regularly)» (p. 138).

evitare la privazione di un bisogno essenziale della persona e al contempo di limitare al minimo il sacrificio del proprietario, confermerebbe l'idea più volte denunciata che i diritti sociali siano destinati a restare soltanto “sulla carta”<sup>25</sup>.

### 3. Obiettivi e linee di ricerca. Situazioni di fatto e assenteismo del proprietario

L'obiettivo della ricerca impone di mantenere una duplice prospettiva di indagine, che consenta di vagliare la conformità delle tutele delle situazioni di fatto al diritto all'abitazione sia rispetto alla protezione *erga omnes* del possessore avverso intromissioni direttamente lesive del suo godimento che con riferimento alle possibili limitazioni delle contrapposte prerogative dominicali in funzione di una maggior tutela del bisogno abitativo. In altri termini, mentre, da una parte, occorre indagare la necessità di un rafforzamento dei rimedi concessi all'interessato sul piano possessorio (*jus possessionis*), in cui vengono in considerazione condotte materiali di turbativa o di privazione del godimento, dall'altra, va affrontata la questione di come le prerogative petitorie di chi non utilizza il bene ma ha interesse a rientrare nella sua materiale disponibilità meritino di essere sacrificate in funzione del contrapposto bisogno abitativo (*jus possidendi*).

Rispetto al primo profilo, lo scopo è quello di sottoporre a vaglio critico la distribuzione della tutela possessoria e risarcitoria (artt. 1168, 1170, 2043 c.c.) delle situazioni di fatto diversamente qualificate e protette dall'impianto civilistico (possesso, detenzione qualificata, detenzione per ragioni di ospitalità e servizio, uso tollerato) per farne emergere l'eventuale inadeguatezza rispetto alla direttiva costituzionale di tutela abitativa. In questo modo, si cercherà di superare, attraverso l'angolo visuale offerto dal diritto alla casa, questioni di disparità di protezione tra le varie situazioni che si sono già poste in dottrina e giurisprudenza<sup>26</sup> e che mirano a denunciare la necessità di adattare le tecniche

---

<sup>25</sup> N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi Torino 1990.

<sup>26</sup> Il riferimento, che si avrà modo di approfondire, è alla questione di legittimità costituzionale a suo tempo ritenuta inammissibile da Corte Cost., 26 marzo 1990, n. 151, in *Foro It.*, 1990, I, c. 3052 e in *Giur. Cost.*, 1990, p. 827, «dell'art. 1170 c. c., nella parte in cui non prevede l'esercizio dell'azione di manutenzione in favore del detentore». Si tratta di una disparità di trattamento che la dottrina ha criticato perché legata ad una concezione ormai superata circa la centralità dei diritti reali nella circolazione e gestione della ricchezza. V. G. LIOTTA, *Situazioni di fatto e tutela della detenzione*, Jovene, Napoli,

rimediali ad esigenze socioeconomiche nuove, che la tradizionale distinzione possesso/detenzione (fondata a sua volta sul binomio diritto reale/diritto personale) non sempre è in grado di intercettare. Problemi analoghi si propongono anche rispetto alle detenzioni non protette: l'affermazione dell'interesse abitativo offre lo spunto per un ripensamento delle nozioni di ospitalità e servizio.

Anche rispetto alle contrapposte prerogative dominicali, il diritto all'abitazione richiede in certe condizioni di limitare, se non nell'*an* almeno nel *quomodo*, le pretese restitutorie che il proprietario esercita nei confronti di un abitante *sine titulo*. La difficoltà di esplorare queste limitazioni deriva da una concezione assoluta e a-relazionale del diritto di proprietà, che riduce al minimo le tecniche di bilanciamento tra esercizio del diritto e contrapposti interessi (art. 833 c.c.). A tal proposito, nella qualificazione del potere di fatto, assume un ruolo dirimente il tipo comportamento tenuto dal proprietario di fronte ad un atto di impossessamento del bene da parte del terzo che ha interesse ad abitarvi.

Invero, la diversa intensità della reazione, di maggior o minore permissivismo, influenzano la qualificazione della situazione già sul piano possessorio: il primo e più significativo indice normativo che attribuisce rilevanza al comportamento del proprietario di fronte alla materiale apprensione del bene è l'art. 1144 c.c. che esclude l'acquisto del possesso quando l'ingerenza si sia verificata con l'altrui tolleranza. Da qui la necessità di distinguere forme di non reazione all'ingerenza espressive di un maggior grado di assenteismo (come l'inerzia) che siano tali da giustificare l'accesso in favore dell'intruso ad una disciplina di maggior favore. Ma la rilevanza dell'assenteismo dominicale non si ferma alla disciplina del possesso: pur nell'assenza di esplicite disposizioni, le riflessioni teoriche<sup>27</sup> hanno messo in luce le conseguenze che possono derivare dai differenti moduli comportamentali di non utilizzo della cosa attuati da parte del proprietario – non soltanto sulla qualificazione del potere di fatto ma anche – sulla valutazione dell'esercizio delle facoltà dominicali.

Mentre, infatti, una concezione tendente a modellare il diritto di proprietà secondo il prisma dell'assolutezza fatica a leggere le facoltà dominicali in relazione ai contrapposti interessi dei soggetti non

---

1983; A. BELFIORE, *Interpretazione e dottrina nella teoria dei diritti reali*, Giuffrè, Milano, 1979. Il tema verrà approfondito in Cap. V, par. 2.

<sup>27</sup> La considerazione extra-possessoria degli effetti della tolleranza, dell'inerzia o dell'abbandono del possesso è approfondita e sottoposta a vaglio critico in Cap. III.

proprietari, una prospettiva di indagine che tenti di evidenziare le possibili e differenti relazioni nascenti tra il proprietario e i terzi, in ragione del comportamento che il primo assume di fronte alla pretesa del secondo di utilizzare il suo bene, consente di effettuare una valutazione dei singoli atti di esercizio (o di non esercizio) del diritto che tenga conto della vicenda relazionale complessiva che si è instaurata tra le parti. Così, l'esercizio dello *jus excludendi*, se valutato alla luce del pregresso comportamento assunto dalle parti nella vicenda concreta, può acquisire una connotazione diversa da quella che emergerebbe da una sua considerazione isolata e astratta.

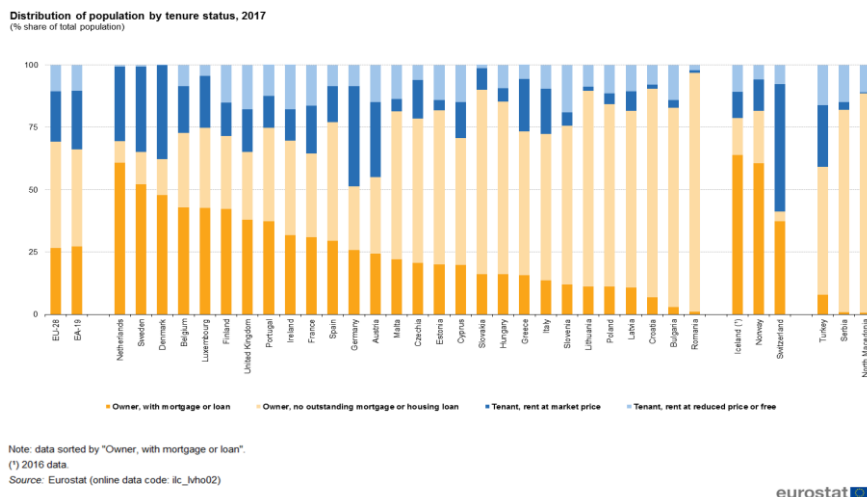
La lettura congiunta di indici normativi, giurisprudenziali e dottrinari che fanno emergere una diversa gradazione dei comportamenti di non uso del proprietario in funzione di una modulazione degli effetti giuridici tra le parti ha lo scopo offrire una diversa chiave di lettura al più generale tema dell'assenteismo dominicale, che esula dalla più battuta questione degli effetti acquisitivi e estintivi della proprietà, per concentrarsi sul conflitto di interessi che precede qualsiasi mutamento di titolarità del diritto. Tale indagine richiede però di individuare i contorni e la natura del contrapposto interesse che ciascun comportamento inattivo da parte del proprietario genera in capo al soggetto che utilizza la cosa senza averne diritto.

#### **4. Condizione abitativa in Italia. Abusivismo e case vacanti**

Lo studio delle situazioni di fatto abitative non è giustificato soltanto dalle ragioni di ordine teorico espresse in precedenza, ma anche da esigenze più pragmatiche. La necessità di interrogarsi sulla protezione delle esigenze abitative che sono prive di un riconoscimento giuridico emerge anche dalla rilevanza sociale che i problemi di esclusione abitativa hanno assunto negli ultimi decenni, soprattutto a seguito della crisi economica.

Da sempre, in Italia si registra una netta prevalenza di abitazioni in proprietà (72,5%), di cui soltanto una parte è gravata da mutuo o ipoteca (13%), rispetto a quelle godute a titolo di locazione, che rappresentano oggi il 27,6%<sup>28</sup>. Tale dato (cfr. fig. 1) non si discosta molto dalla media europea (69,3% di case in proprietà contro il 30,7 % in locazione).

Figura 1



Ciononostante, una misura realistica della precarietà abitativa è offerta dalla percentuale di popolazione che vive in una situazione di sovraffollamento abitativo (v. Fig. 2), che è ben al di sopra della media europea<sup>29</sup>: nel 2018, il 27,8% della popolazione totale (contro il 15,5% europeo), e il 42% delle persone tra i 15 e i 29 anni (rispetto al 23,6% della media europea) vivono in abitazione sovraffollate. Il dato è

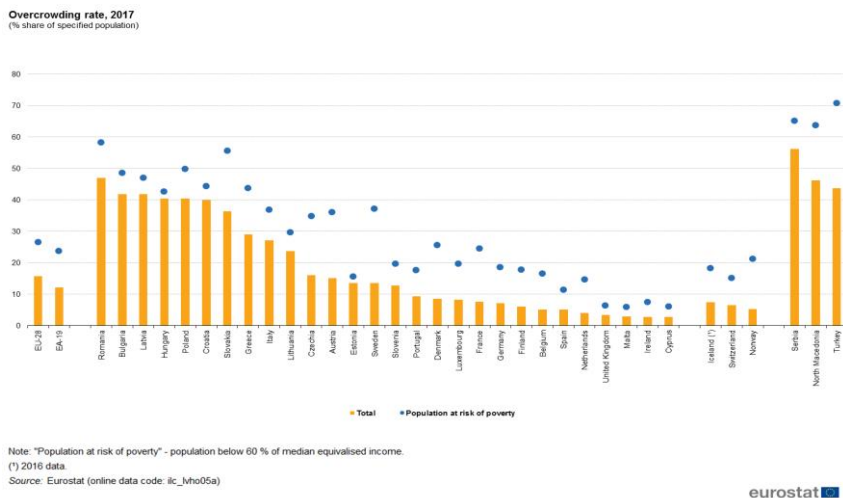
<sup>28</sup> Cfr. i dati diffusi dall'Eurostat per l'anno 2017, confermati dalle rilevazioni del 2018, ([https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Housing\\_statistics/it](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Housing_statistics/it), consultata il 10 febbraio 2020).

<sup>29</sup> In base alla statistica Eurostat «a person is considered as living in an overcrowded household if the household does not have at its disposal a minimum number of rooms equal to: one room for the household; one room per couple in the household; one room for each single person aged 18 or more; one room per pair of single people of the same gender between 12 and 17 years of age; one room for each single person between 12 and 17 years of age and not included in the previous category; one room per pair of children under 12 years of ages» ([https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Glossary:Overcrowding\\_rate](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Glossary:Overcrowding_rate), consultata il 10 febbraio 2020).



confermato da più recenti rilevazioni dell'Istat, che specificano come le situazioni di sovraffollamento abitativo si concentrino soprattutto tra la popolazione minorenni (il 41,9%)<sup>30</sup>.

Figura 2



Per quanto, invece, riguarda l'*housing* sociale, il bilancio della sua adeguatezza rispetto al bisogno sociale è ad oggi abbastanza insoddisfacente. Soltanto il 4% circa delle famiglie italiane risiede in un alloggio di edilizia residenziale pubblica<sup>31</sup> e, rispetto al fabbisogno abitativo, i servizi di *social housing* risultano inadeguati: le liste di attesa comunali contano 650 mila persone dotati dei requisiti di eleggibilità. I 750.000 nuclei familiari che vivono in un alloggio ERP, rappresentano soltanto circa 1/3 dei potenziali bisognosi. Inoltre, anche tra le abitazioni

<sup>30</sup> Report Istat, *Spazi in casa e disponibilità di computer per bambini e ragazzi*, 6 aprile 2020, p. 5 (<https://www.istat.it/it/files//2020/04/Spazi-casa-disponibilita-computer-ra-gazzi.pdf>, consultato il 9 aprile 2020) il quale fornisce numeri altrettanto scoraggianti sulla condizione di "grave deprivazione abitativa". Quest'ultima nozione descrive chi abita non solo il sovraffollamento ma anche i problemi strutturali dell'immobile (assenza di bagno/doccia con acqua corrente o di un'illuminazione adeguata): la «condizione di grave deprivazione abitativa riguarda il 5% delle persone residenti e, ancora una volta, è più diffusa tra i giovani. Infatti, vive in condizioni di disagio abitativo il 7,0% dei minori e il 7,9% dei 18-24enni».

<sup>31</sup> Cfr. per anche A. PITTINI, G. KOESSL, J. DIJOL, E. LAKATOS, L. GHEKIERE, M. GOUDIS, *The State of Housing in the EU*, in *Housing Europe Review*, 2017, p. 76.

pubbliche attualmente impiegate circa 400.000 necessiterebbero di una manutenzione<sup>32</sup>.

Più in particolare, studi mostrano come la difficoltà di accesso all'abitazione rappresenti un problema reale e crescente, che sicuramente si è aggravato con l'incorrere della crisi economica. Rispetto ai casi di esclusione abitativa, un'indagine ISTAT<sup>33</sup> del 2014 ha registrato un incremento (rispetto al triennio precedente) del numero di persone senza dimora che richiedono accesso a un servizio di mensa o accoglienza notturna in città di grandi o medie dimensioni (50.724 nel 2014 contro i 47.648 del 2011)<sup>34</sup>, con una distribuzione crescente dal Sud (11,1% nel Sud e 9,2% nelle Isole) al Centro (23,7%) e al Nord (38% nel Nord-ovest e 18% nel Nord-est) del Paese e una prevalenza di genere maschile (85,7%).

A questi dati si aggiungono quelli, strettamente collegati e altrettanto consistenti per i valori percentuali che esprimono, riguardanti le situazioni di occupazione *sine titulo*. Ferma restando la difficoltà di misurazione dei casi di occupazione abusiva di immobili privati, è possibile stimare con maggior certezza l'entità dell'abusivismo rispetto agli alloggi di edilizia residenziale pubblica: dal 2004 al 2013 si registra un incremento (+20,9%) degli alloggi ERP occupati abusivamente che costituiscono il 6,4% dell'intero patrimonio ERP, 48 mila su oltre 750

---

<sup>32</sup> T. POGGIO, D. BOREIKO, *Social Housing in Italy: Old Problems, Older Vices and Some New Virtues?*, in *Critical Housing Analysis*, n. 4, 1 2017, pp. 112–123; *L'affitto sociale in Italia: criticità e prospettive*, in *Polis*, 1, 2018.

<sup>33</sup> REPORT ISTAT, *Persone senza dimora. Anno 2014, 2015* (<https://www.istat.it/it/archivio/175984>, consultato il 10 febbraio 2020). Cfr. anche le indagini di fio.PSD (Federazione Italiana Organismi per le Persone Senza Dimora) presso il sito <https://www.fiopsd.org> (ultima consultazione il 10 febbraio 2020). V. anche FEAN-TSA, *Homelessness in Italy. Country Fiche 2017, 2018*.

<sup>34</sup> Le rilevazioni sono state effettuate in 158 città italiane con più di 250.000 abitanti dal 21 novembre al 21 dicembre 2014, ed escludono, oltre alle persone senza dimora che nel mese di rilevazione non hanno mai mangiato presso una mensa e non hanno mai dormito in una struttura di accoglienza, i minori, le popolazioni Rom e tutte le persone che, pur non avendo una dimora, sono ospiti, in forma più o meno temporanea, presso alloggi privati.

mila alloggi<sup>35</sup> (per una distribuzione territoriale nelle città metropolitane, v. Fig. 3<sup>36</sup>).

**Figura 3**

Città Metropolitana	Alloggi	Alloggi occupati	%	All. liberati (ultimo anno)	Querele sporte da occupanti	Decreti di rilascio notificati
Torino	29.102	54	0,2%	2	52	2
Milano	60.429	3.792	6,3%	1.066	519	493
Genova	11.535	70	0,6%	26	18	9
Venezia	10.897	172	1,6%	20	13	19
Bologna	19.747	38	0,2%	50	40	40
Firenze	13.000	72	0,6%	4	-	58
Roma	58.095	7.011	12,1%	97	230	234
Bari	24.220	668	2,8%	6	-	233

Fonte: Elaborazione su dati Federcasa

È interessante rilevare come rispetto alla distribuzione dei numeri di persone senza dimora, le percentuali tra Nord e Sud dei fenomeni di occupazione abusiva sono ribaltati: le aree maggiormente interessate al fenomeno sono infatti il Mezzogiorno (53,4%) e il Centro (36,5%). Inoltre, rispetto alla prospettiva di indagine assunta, è utile segnalare anche che tra la totalità delle abitazioni occupate *sine titulo* soltanto il 19% di queste è causato da una sopravvenuta carenza del titolo di legittimazione mentre l'81% (40 mila alloggi) riguarda occupazioni instaurate attraverso atti di impossessamento violento dell'alloggio. Questi ultimi dati meritano di essere confrontati con i numeri degli alloggi sfitti. All'interno del complessivo patrimonio ERP, il 6% delle case risulta vacante (di cui il 25% è in attesa di riassegnazione da parte dei comuni, il 57,4% necessita di interventi di ristrutturazione, mentre il restante 17,7% risulta inagibile e quindi non riassegnabile<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Questi numeri sono offerti da Federcasa e elaborati da Nomisma, cfr. FEDERCASA, NOMISMA, *Dimensioni e caratteristiche del disagio abitativo in Italia*, Bologna, 2016 (per una sintesi <https://www.federcasa.it/occupazioni-abusive-nellerp-e-ripristino-della-lega-lita/>, ultima consultazione l'11 febbraio 2020) Cfr. anche NOMISMA, *La condizione abitativa in Italia*, 2010.

<sup>36</sup> La tabella è elaborata sulla base dei dati di Federcasa (v. nt. precedente) da CAMERA DEI DEPUTATI, *Commissione parlamentare di inchiesta sulle condizioni di sicurezza e sullo stato di degrado delle città e delle loro periferie. Relazione sull'attività svolta dalla Commissione*, 2017, p. 296. Cfr. anche R. BIANCHI, *Residential tenancies and housing policy in Italy*, Pisa University Press, Pisa 2017, pp. 65-7.

<sup>37</sup> V. Per il dato generale FEDERCASA, NOMISMA, *Dimensioni e caratteristiche del disagio abitativo in Italia*, cit., p. 25. Per la distinzione interna v. CAMERA DEI DEPUTATI, *Commissione parlamentare di inchiesta sulle condizioni di sicurezza*, cit., p. 115.

Più in generale, rispetto al complesso di immobili ad uso abitativo vacanti in Italia, sia pubblici che privati, è difficile avere una stima precisa. In base all'ultimo censimento dell'ISTAT (2011), del complesso di abitazioni pubbliche e private esistenti, il 79,34% è stabilmente occupato da soggetti residenti nel medesimo comune. Il restante 20,66% non offre tuttavia una misura realistica degli immobili effettivamente vacanti, e quindi al netto delle seconde abitazioni, delle abitazioni occupate in base a contratti non registrati (locazioni in nero) o a contratti temporanei non seguiti da un trasferimento di residenza. Tuttavia, partendo da questo dato, recenti elaborazioni<sup>38</sup> hanno consentito di stimare che dell'intero patrimonio immobiliare abitativo, l'8,3% (circa 2.265.000 di abitazioni) è effettivamente vacante.

Si tratta di numeri che confermano l'urgenza di affrontare il tema dell'esclusione abitativa prendendo sul serio la questione della fattualità, attraverso una considerazione del fenomeno sociale, che non si limiti a scoraggiare le condotte di abusivismo attraverso strumenti vecchi e nuovi di deterrenza, ma che prenda atto della necessità di comporre un conflitto che assume in termini effettuali una consistenza ormai ineludibile per il diritto.

## 5. Piano della ricerca

Lo studio delle situazioni di fatto sull'abitazione richiede una preliminare disamina degli istituti di diritto civile di cui al Libro III, Titolo VIII che disciplinano e attribuiscono protezione giuridica al godimento fattuale di un bene da parte di un individuo, indipendentemente dal fatto che questo vanti un valido titolo di appartenenza.

L'oggetto complessivo della ricerca – le situazioni di fatto abitative – influenza inevitabilmente questo specifico approfondimento, imponendo di circoscrivere la trattazione alla disciplina del possesso di beni immobili e, in particolare, di quelli con destinazione d'uso abitativa. La natura del bene su cui insiste la situazione di fatto determina una delimitazione della disciplina applicabile e, di conseguenza, l'attenzione di questo studio. Verrà quindi deliberatamente tralasciata l'analisi delle disposizioni aventi ad oggetto il possesso di beni mobili e, per

---

<sup>38</sup> M. GENTILI, J. HOEKSTRA, *Houses without people and people without houses: a cultural and institutional exploration of an Italian paradox*, in *Housing Studies*, n. 34, 3 2019, pp. 425-47. Generalmente la percentuale di immobili vacanti in Italia è superiore alla media europea. Il numero, inoltre, è in crescente aumento.

ragioni analoghe, la questione del possesso di beni immateriali. Anche rispetto alla disciplina del possesso immobiliare, sarà opportuno fare una selezione, andando a privilegiare nel corso della trattazione gli aspetti della disciplina che riguardano la situazione interinale e dando invece minor spazio – se non nei limiti in cui possa risultare funzionale al discorso – al momento di eventuale acquisto *ad usucapionem* del diritto sul bene<sup>39</sup>. Maggiore attenzione verrà, dunque, posta al problema dell'acquisto, conservazione e perdita delle situazioni di fatto e degli effetti giuridici che derivano dal loro esercizio interinale.

Punto di partenza dell'indagine è dunque la nozione civilistica di possesso (Cap. II) per cercare di ricostruire la definizione delle situazioni di fatto disciplinate dal Codice civile sulla base dell'attuale elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. L'analisi non può che prendere le mosse dalla lettura del dato normativo (Cap. II, par. 1.) e, soltanto in seguito, proseguirà con l'approfondimento delle varie soluzioni applicative offerte da dottrina e giurisprudenza per sciogliere i principali dubbi interpretativi riguardanti l'effettiva operatività dei tradizionali costituenti della fattispecie possessoria, il potere di fatto e l'elemento intenzionale (Cap. II, parr. 2. e 3.). Dalla definizione di possesso sarà possibile ricavare i suoi rapporti con l'altra situazione di fatto riconosciuta nel nostro ordinamento, la detenzione: così, si approfondirà la natura di questa e le sue varie sottospecie (Cap. II, parr. 4. e 5.).

Questo primo studio risulta prodromico a quello che seguirà, sia con riferimento all'analisi del comportamento assenteista del proprietario (Cap. III) che rispetto alla tutela delle situazioni di esclusione abitativa (Cap. V).

Per quanto riguarda la prima, si concentrerà l'attenzione sulle varie tipologie di comportamento assenteista che il proprietario può

---

<sup>39</sup>L'usucapione determinando effetti acquisitivi della situazione dominicale in favore del possessore, per le sue implicazioni potenzialmente redistributive, rappresenta un istituto che svolge una funzione esorbitante la tutela del mero godimento di fatto. Mentre, infatti, la necessità di rinforzare la protezione del possessore nella vicenda interinale è una questione direttamente connessa all'utilizzazione del bene in assenza di un titolo, l'eventuale acquisto della situazione di appartenenza da parte del possessore finisce per risolvere il conflitto tra accesso e appartenenza in un mutamento della titolarità piuttosto che in una limitazione dei poteri dominicali. Sul punto si vedano i *distinguo* di L. FOX O'MAHONY, N. COBB, *Taxonomies of Squatting: Unlawful Occupation in a New Legal Order*, in *The Modern Law Review*, n. 71, 6, 2008, pp. 878-911. Cenni all'istituto dell'usucapione, nei limiti in cui fanno emergere la *ratio* premiale nei confronti di un uso attivistico delle risorse, verranno svolti in Cap. III, par. 4.3.

tenere di fronte all'altrui impossessamento della *res*. Per ciascuno dei possibili comportamenti, tolleranza (Cap. III, par. 2.), inerzia (Cap. III, par. 4.) e abbandono (Cap. III, par. 5) si analizzerà non soltanto l'effetto sulla qualificazione del potere di fatto in termini di possesso, detenzione o mero uso precario, in favore di chi si impossessa del bene, ma si guarderà anche alle ulteriori conseguenze giuridiche che da quei comportamenti possono derivare sia in favore del proprietario che del terzo usuario.

L'analisi delle situazioni di inattività offre un primo spunto di comparazione della disciplina italiana con la giurisprudenza europea e, in particolare, con le decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia di art. 1, I Protocollo Addizionale che protegge il rispetto dei beni dell'individuo (Cap. III, par. 3). All'interno della onnicomprensiva nozione di bene elaborata per proteggere gli interessi patrimoniali variamente nominati, la Corte di Strasburgo ha ricompreso la *legitimate expectation* nascente da un comportamento di tolleranza o più genericamente di non reazione dell'autorità statale di fronte ad un'appropriazione abusiva perpetrata dal privato sul bene. Tale giurisprudenza merita di essere confrontata con i vari modelli di non reazione elaborati a livello nazionale al fine di far emergere consonanze e dissonanze tra diverse tecniche di bilanciamento di contrapposti interessi<sup>40</sup>.

La seconda parte del lavoro sarà dedicata all'abitazione, prima in generale, come diritto inviolabile capace di permeare la disciplina civilistica e, poi, nei suoi riflessi sulle situazioni di fatto che la hanno a oggetto. La protezione multilivello del diritto all'abitazione, infatti, incide in diversi aspetti della vicenda possessoria andando ad estendere e a rafforzare la tutela dell'abitante di fatto. Per comprendere come la tutela dell'abitazione interferisca e condizioni la protezione civilistica delle situazioni di fatto rafforzandone le varie forme di tutela, con rimedi di natura possessoria e risarcitoria, è necessaria una preliminare ricognizione di come il diritto all'abitazione incida direttamente nei rapporti tra privati (Cap. IV). A tal fine, si procederà all'analisi delle tre principali fonti costituzionali che prevedono e tutelano il diritto all'abitazione, la Costituzione (Cap. IV, par. 2.), art. 7 CDFUE (Cap. IV, par. 3.) e l'art. 8 CEDU (Cap. IV, par. 4), cercando di definire, attraverso la giurisprudenza che ne ha dato applicazione, il contenuto precettivo del

---

<sup>40</sup> A. GAMBARO, *Consonanze e dissonanze nelle fonti dell'istituzione proprietaria*, in *Jus Civile*, 7 2016, pp. 281 ss.; ID., *Categorie del diritto privato e linguaggio delle carte dei diritti fondamentali*, in *Rivista di diritto civile*, n. 62, 5 2016, pp. 1225-45.

diritto all'abitazione rispetto alle situazioni di fatto e quali siano i limiti di una loro applicazione diretta che possa in via giurisprudenziale – e quindi a prescindere da un intervento legislativo di attuazione della direttiva costituzionale – dispiegare effetti non solo verticali ma anche orizzontali<sup>41</sup> (Cap. IV, parr. 5. e 6.).

Una volta chiarito il modo in cui le fonti costituzionali ed europee vengono recepite dal giudice ordinario per la soluzione del singolo caso, sarà possibile intrecciare la disciplina delle situazioni di fatto analizzata nella prima parte della trattazione, con la tutela del diritto all'abitazione (Cap. V). La parte conclusiva del lavoro mira così a far emergere come l'ordinamento costituzionale ed europeo richieda al diritto del possesso (e del diritto privato patrimoniale in generale) un adattamento in funzione di meglio rispettare le esigenze di protezione dell'abitante.

Questo studio prende in considerazione differenti situazioni di fatto che divergono l'una dall'altra per il diverso grado di conflittualità e di relazionalità che queste sono in grado di esprimere. Così, inizialmente si procederà alla disamina di quelle ipotesi in cui la carenza di un titolo è riconducibile ad una convivenza spontaneamente instaurata tra titolare del diritto e abitante di fatto senza che però il rapporto sia stato formalizzato né contrattualmente né attraverso altri istituti previsti *ex lege*, in particolare dal diritto di famiglia (Cap. V, par. 1.). Successivamente, l'indagine muoverà verso una riflessione più ampia riguardante la tutela generale della detenzione quando questa sia orientata al soddisfacimento del bisogno abitativo (Cap. V, par. 2.) e sull'opportunità di ripensare la distribuzione codicistica della legittimazione attiva all'esperimento delle azioni possessorie (art. 1168 e 1170 c.c.).

Infine, si concentrerà l'attenzione sulle ipotesi di maggior conflitto in cui la carenza del titolo è il frutto di una usurpazione non voluta da parte del proprietario. Ciò richiederà innanzitutto una comprensione del fenomeno dello *squatting* guardando all'attuale significato extra-giuridico ed extra-civilistico che questo assume (Cap. V, par. 3.). Così, si tenterà di individuare un ragionevole punto di equilibrio tra la tutela del diritto e quella del fatto, distinguendo le situazioni di conflitto in base della natura pubblica o privata del bene occupato (Cap. V, par. 4.) nonché del tipo di comportamento assunto dal proprietario del bene di fronte all'altrui atto di impossessamento (Cap. V, parr. 5 e 5.1.).

---

<sup>41</sup> E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità*, Giappichelli, Torino, 2017.

**PARTE PRIMA**  
**SITUAZIONI DI FATTO**  
**NEL DIRITTO CIVILE**





---

## CAPITOLO II – Possesso e detenzione

---

### Sommario

1. Possesso e detenzione nel Codice civile. 2. Possesso. Potere di fatto e attività. 2.1. L'astensione dei terzi. 2.2. Attività e continuità del possesso 2.3. Il potere di fatto nella giurisprudenza. 3. Ruolo dell'*animus* nella distinzione tra possesso e detenzione. 3.1. (segue) *animus* e dismissione del possesso. 4. Detenzione. Coincidenza del *corpus*. 4.1. Rilevanza del titolo nella distinzione tra possesso e detenzione. 4.2. (segue) titolo e attività in possesso e detenzione. 4.3. Detenzione come situazione di diritto? Rilevanza del titolo invalido o inefficace. 5. Detenzione tutelata e detenzione per ragioni di servizio o ospitalità. 5.1. (segue) detenzione qualificata. Inammissibilità della categoria. 6. Altre situazioni di fatto. 7. Prime riflessioni conclusive su *corpus* e *animus* nel possesso.

---

### 1. Possesso e detenzione nel Codice civile

Con l'art. 1140 del Codice civile, l'ordinamento italiano attribuisce rilevanza giuridica all'effettiva attività di uso e godimento di un bene, in assenza di un titolo di formale appartenenza. In presenza di una situazione di materiale disponibilità da parte del possessore, l'ordinamento fa derivare una serie di effetti giuridici in favore di quest'ultimo<sup>1</sup> – tra cui un'immediata ed energica tutela conservativa<sup>2</sup> – i quali concorrono e talvolta confliggono con le legittime prerogative del proprietario formale<sup>3</sup>.

L'art. 1140 c.c., 1° co., definisce il possesso come «potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di un altro diritto reale», dove per potere sulla cosa deve intendersi, in base a quanto specificato all'art. 1141 c.c., un «potere di fatto».

---

<sup>1</sup> Rileva l'eterogeneità di effetti scaturenti dalla fattispecie possessoria, F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. I, 2° ed., CEDAM, Padova, 2010, pp. 401-2.

<sup>2</sup> U. NATOLI, *Il possesso*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 7, il quale parla di tutela conservativa in quanto ravvisa nel possesso una situazione giuridica di aspettativa all'acquisto della proprietà per usucapione.

<sup>3</sup> Per un'analisi sistematica della convivenza di proprietà e possesso nell'ordinamento cfr. R. CATERINA, R. SACCO, *Il possesso*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 17 ss.

Dalla lettura della definizione è possibile affermare che la disposizione ricostruisca il fenomeno possessorio in termini oggettivi, in quanto richiama due elementi – *potere e attività* – apprezzabili esclusivamente dall'esterno. Viceversa, non sono menzionati aspetti soggettivi che necessitino di accertare l'intima intenzione del possessore. Così, parte della dottrina<sup>4</sup> ha evidenziato un tratto di netta discontinuità con il precedente codice del 1865, dalla cui formulazione emergeva chiaramente la tradizionale costruzione romanistica dell'istituto possessorio fondata sul binomio dei due elementi di *corpus* e *animus*. L'attuale codice, invece, espunge qualsiasi riferimento all'animo del possessore, concentrandosi sulla descrizione del fenomeno nei suoi caratteri oggettivi<sup>5</sup>.

Nonostante la variazione sul piano testuale, l'impostazione tradizionale ha continuato a trovare riscontro non solo in una parte consistente della dottrina, ma anche nelle decisioni della giurisprudenza (cfr. *infra* parr. 3. e 3.1.), le quali non hanno dato peso in maniera univoca all'omissione dell'elemento volontaristico ma, piuttosto, hanno preferito valorizzare l'intenzione del legislatore come riportata dalla Relazione al Codice civile<sup>6</sup>.

Prima di addentrarsi nelle contrastanti impostazioni dottrinarie circa gli elementi costitutivi delle fattispecie possessorie, è, tuttavia, opportuno richiamare alcune critiche mosse alla formulazione degli artt. 1140 e 1141 c.c.

Da un punto di vista molto generale, parte della dottrina ha notato come, a dispetto dell'apparente chiarezza con cui è definito

---

<sup>4</sup> F. DE MARTINO, *Del possesso. Art. 1140-1172*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice civile*, Zanichelli, Bologna, 1984, p. 1; F. ALCARO, *Il possesso*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 13 ss. L. CABELLA PISU, *Il possesso*, in G. VISINTINI (a cura di), *Trattato di diritto immobiliare*, CEDAM, Padova, 2013, pp. 1283 ss.; U. GRASSI, *La tutela esterna del possesso: contributo allo studio delle fattispecie a qualificazione plurima*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2006, pp. 38 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile. 6: La proprietà*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 731.

<sup>5</sup> Nello specifico non viene riproposta l'espressione «*animo di tener la cosa come propria*» (art. 686 c.c. del 1865) come elemento costitutivo del possesso legittimo (figura peraltro superata nell'attuale codificazione).

<sup>6</sup> In base a ciò che si legge dalla Relazione del Guardasigilli al Codice civile (n. 533) la nuova formulazione «*ponendo nettamente la distinzione tra possesso e detenzione, riceve il dovuto rilievo nella nozione del possesso [...] l'elemento psicologico [...] La detenzione si eleva al grado di possesso quando al potere di fatto si accompagna l'intenzione di esercitare sulla cosa il diritto di proprietà o un diritto reale minore*». Tuttavia, sempre nella medesima Relazione, si precisa che «*l'elemento volitivo in tanto diviene rilevante per l'ordinamento giuridico in quanto si concreta e si manifesta in un comportamento esterno del possessore*».

l'istituto all'art. 1140 c.c., la norma non soddisfa l'esigenza d'identificazione delle fattispecie che concretamente possono rientrare nella nozione di possesso, esigenza particolarmente importante per un istituto destinato a regolare potenzialmente la generalità dei comportamenti di fattuale apprensione e godimento di un bene. Questa incertezza è da attribuirsi innanzitutto ad una scarsa e disorganica regolamentazione dei modi in cui il possesso «*si acquista, si modifica o si perde*» nonché di come questo «*si esplica concretamente e si conserva*»<sup>7</sup>. Al riguardo, infatti, il codice offre soltanto indicazioni frammentarie per la disciplina dell'acquisto, conservazione e perdita del possesso<sup>8</sup>, con il risultato di lasciare all'interprete ampia libertà di integrazione delle lacune con elementi extra-testuali mutuati dalla tradizione giuridica.

Inoltre, se la definizione di cui al 1° comma dell'art. 1140 c.c. traccia dei confini chiari di come debba essere intesa, almeno in astratto, la situazione di possesso, non altrettanto può dirsi per la disposizione che dovrebbe definire i «*rapporti concettuali tra possesso e detenzione*»<sup>9</sup>, l'art. 1141, 2° co., c.c.

Infatti, per com'è formulata («*si può possedere direttamente o per mezzo di altra persona, che ha la detenzione della cosa*»), la disposizione lascia aperte diverse alternative ermeneutiche che influenzano radicalmente il modo di strutturare la fattispecie possessoria. Come si avrà modo di

---

<sup>7</sup> NATOLI U., op. cit., pag. 36, il quale attribuisce a questa carenza del dato normativo l'aver favorito la tendenza della dottrina a prospettare come parimenti necessari alla costituzione del possesso i due tradizionali elementi del possesso ereditati dalla cultura giuridica romanista (*corpus e animus*) sebbene questi non siano menzionati esplicitamente nel codice. Sul punto si avrà modo di tornare in seguito. Sebbene con conclusioni del tutto divergenti, v. anche A. FEDELE, *Nozioni generali sulla fattispecie del possesso*, Giappichelli, Torino 1974, pp. 40 ss. per cui il silenzio del codice attribuisce alla definizione del 1140 c.c. «*la portata di norma determinativa della vicenda possessoria*» mentre in altri ordinamenti in cui l'acquisto e la perdita del possesso sono disciplinati minuziosamente la definizione perde rilevanza e può essere sottoposta a interpretazioni più distanti dal dato letterale.

<sup>8</sup> Con riferimento all'acquisto, perdita e conservazione del possesso, il codice si limita a disciplinare il fenomeno dell'eventuale evoluzione della detenzione in possesso (o l'interversione del possesso ad immagine di un diritto reale minore in un possesso corrispondente ad una piena proprietà, artt. 1141, 2° co., e 1164 c.c.), l'esclusione dell'acquisto del possesso per tolleranza del proprietario (art. 1144 c.c.), la successione del possesso (art. 1146 c.c.) e, infine, la perdita del possesso per spoglio di un terzo che impedisca all'interessato la continuazione dell'utilizzazione (totale o parziale) della *res* (artt. 1168, 1170, 2° co., c.c.).

<sup>9</sup> A. MONTEL, *Il possesso*, Trattato Vassalli, UTET, Torino, 1962, p. 48; analogamente R. CATERINA, R. SACCO, *Il possesso*, cit., p. 58.

approfondire in seguito, dal tenore della norma non è chiaro se la detenzione costituisca un elemento interno della fattispecie possessoria e dunque vada intesa come sinonimo di *corpus*, se debba essere piuttosto concepita come un potere di fatto distinto e autonomo dal possesso, oppure, ancora, se il codice utilizzi entrambe le accezioni del termine a seconda della disposizione presa in esame (cfr. *infra* par. 4.).

Questa prima ambiguità ha avuto ulteriori ricadute sul modo di concepire la struttura della situazione in esame: il fatto che il possesso sia esercitato *per mezzo di un'altra persona* ha fatto ritenere ad autorevole dottrina che il possessore mantenga la sua situazione senza esplicitare una materiale *ingerenza sulla cosa posseduta*<sup>10</sup>, con evidenti ripercussioni sul tipo di comportamento richiesto al possessore dal 1° comma per integrare il *corpus*; si è così affermato che la manifestazione di un comportamento di utilizzo e godimento del bene non debba necessariamente esplicarsi in maniera attuale e costante affinché la situazione si conservi e che in tali circostanze sarebbe l'elemento intenzionale a sopperire all'assenza dell'elemento materiale (cfr. *infra* parr. 2.2. e 2.3.).

Nei prossimi capitoli si cercherà di passare in rassegna le possibili soluzioni offerte dalla dottrina circa il ruolo giocato dai due elementi della fattispecie possessoria, al fine di confrontare quali di queste risultino essere più convincenti sul piano applicativo. L'elemento materiale e quello intenzionale, infatti, assumono in dottrina un'importanza speculare: chi dà rilievo al primo tende a restringere la portata del secondo e viceversa<sup>11</sup>. Pare, allora, congeniale cominciare l'indagine che seguirà concentrando l'attenzione sulle impostazioni che attribuiscono maggiore rilevanza al potere di fatto, per cogliere a pieno quali siano le possibilità e i limiti di operatività di questo elemento della fattispecie e, soltanto dopo, si potrà chiarire l'utilità operativa dell'elemento soggettivo. La scelta di prendere le mosse dalla qualificazione del potere di fatto oggettivamente inteso è giustificata innanzitutto dal dato testuale, da cui è lecito inferire la volontà legislativa ha indubbiamente prestato maggiore attenzione definitoria. In tal modo, si potrà testare l'autosufficienza in sede applicativa della definizione legale di possesso – vale a dire la sua capacità di regolare efficacemente la casistica dei conflitti possessori e, al contempo, di distinguerla dalla contrapposta situazione di detenzione – senza la necessità di attingere da argomentazioni logico-formali ovvero dalla tradizione giuridica precedente il codice del '42.

---

<sup>10</sup> R. CATERINA, R. SACCO, *Il possesso*, cit., p. 88.

<sup>11</sup> U. GRASSI, *La tutela esterna del possesso*, cit., p. 42.

All'argomento testuale si aggiunge una considerazione pratica messa in luce dalla dottrina gius-economica, che riguarda la maggior efficienza operativa di una nozione giuridica semplice e, quindi, suscettibile di un'applicazione generalizzata: aggiungere al materiale controllo della *res* un elemento intenzionale – che condivide con il primo una pari rilevanza costitutiva dell'istituto – si traduce sul piano operativo in una complicazione di ciò che deve essere provato e accertato in sede giudiziale. Questo incremento dei costi informativi, sollevati da una nozione complessa di possesso, per mantenere una razionalità deve avere la funzione di sopperire ad un *deficit* del contrapposto elemento materiale, che di per sé non riesce ad essere espressivo di alcuni aspetti della vicenda possessoria a cui il legislatore intende attribuire rilevanza. Qualora, invece, ai fini dell'applicabilità della disciplina, sia sufficiente accertare un oggettivo controllo sul bene, qualsiasi richiesta di ulteriori indagini psichiche finirebbe per risultare inutile e di ostacolo ad una rapida definizione della controversia in sede giudiziale<sup>12</sup>.

## 2. Possesso. Potere di fatto e attività

L'elemento oggettivo, come si è detto, è esplicitamente previsto nella definizione di possesso (art. 1140, 1° co., c.c.) in termini di «*potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale*»<sup>13</sup> e, dunque, non richiede di essere dedotto o ricostruito avvalendosi di dati extra-testuali. Com'è stato già accennato, sul piano letterale il Codice civile compie una scelta netta circa la natura

---

<sup>12</sup> Y. CHANG, *The economy of concept and possession*, in Y. CHANG (a cura di), *Law and Economics of Possession*, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2015, p. 115: «*I propose simply to define possession by elements that are the least common denominator of all possession-related issues. Actual control is such an element. [...] Possession as actual control should thus be what Smith would describe as having an "optimal level of generality."* Another reason for simply defining possession as actual control, regardless of intent, is information cost. Courts would have a hard time verifying the intent of possessors. A third party cannot tell from the fact that Paul unlawfully possesses Mary's land whether Paul intends to acquire prescriptively Mary's ownership, to acquire only a usufruct, or to use it temporarily». Per un'applicazione del modello economico alla nozione di possesso contenuta nel Draft Common Frame of Reference (DCFR), v. Y. CHANG, *The Problematic Concept of Possession in the DCFR: Lessons from Law and Economics of Possession*, in *European Property Law Journal*, n. 5, 1, 2016.

<sup>13</sup> Questa formula è stata criticata da alcuni commentatori che hanno considerato il richiamo all'attività un'inutile superfetazione o duplicazione rispetto al potere di fatto (v. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale: codici e norme complementari*, 9° ed., Giuffrè, Milano 1965, p. 195).

del possesso. Facendo leva sul confronto con la corrispondente definizione del precedente codice, alcuni commentatori hanno letto l'omissione di qualsiasi riferimento all'*animus* come una inequivocabile indicazione di superamento dell'impostazione soggettivistica dell'istituto o quantomeno di un suo forte ridimensionamento<sup>14</sup>.

Il tratto di maggiore discontinuità, rispetto alla precedente disposizione, è costituito dalla nota di specificazione del modo in cui il *potere di fatto*<sup>15</sup> si manifesta, vale a dire l'*attività*. L'introduzione di un elemento testuale, che assolva la funzione di precisare il carattere richiesto al potere di fatto per integrare la fattispecie possessoria, pone il problema della sua autosufficienza in sede applicativa, vale a dire della sua capacità di offrire all'interprete un criterio d'identificazione delle ingerenze fattuali che debbano essere qualificate in termini di possesso. Il problema si acuisce quando a questa novità corrisponde l'espunzione dal testo del riferimento all'elemento soggettivo. Per capire, dunque, in che misura la nuova formulazione rappresenti una occasione di superamento della tradizionale concezione bipolare del possesso – in quanto riesce a descrivere in modo esauriente il fenomeno possessorio – è fondamentale chiarire il significato da attribuire all'attività e la funzione da essa svolta nella caratterizzazione del potere di fatto del possessore.

A un approccio restrittivo del concetto di *attività* nel possesso – che ne evidenzia l'incapacità a descrivere la molteplicità delle situazioni riscontrabili nella casistica – si contrappone un orientamento diffuso che ne afferma la centralità sul piano interpretativo e un'autonomia operativa rispetto al potere di fatto sulla cosa. Quest'ultimo, infatti, indicando genericamente una situazione di effettiva disponibilità su un bene<sup>16</sup>, di per sé non è in grado di individuare adeguatamente il modo

---

<sup>14</sup> F. DE MARTINO, *Del possesso. Art. 1140-1172*, cit., p. 1, per cui «il codice ha preferito prendere posizione nella disputa relativa alla nozione del possesso e lo ha fatto accentuando l'elemento oggettivo rispetto a quello soggettivo»; C. A. FUNAIOLI, *L'«animus» nel possesso e il dogma della volontà*, Giuffrè, Milano 1951, p. 16; L. CABELLA PISU, *Azioni possessorie*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, 1988, p. 1285; L. CABELLA PISU, *Il possesso*, cit.; C. M. BIANCA, *Diritto civile. 6: La proprietà*, cit., pp. 728 ss.; F. ALCARO, *Il possesso*, cit., p. 17.

<sup>15</sup> R. CATERINA, R. SACCO, *Il possesso*, cit., pp. 58 per cui la definizione «si compone di una nota generica (...) e una nota specifica»; F. DE MARTINO, *Del possesso. Art. 1140-1172*, cit., p. 2.

<sup>16</sup> I vari sforzi definitori del concetto di potere di fatto hanno prodotto numerose formulazioni (“signoria fisica”, “signoria economica sulla cosa”, “dominazione della cosa da parte del soggetto”, “soggezione della cosa al soggetto”) le quali, tuttavia, non fanno che spostare l'incertezza del significato su altri termini della definizione senza

in cui tale potere si attua all'esterno. L'elemento che assolve questa funzione è rappresentato proprio dall'*attività*, che ad una prima definizione è da intendersi come «*l'esplicazione di tutta una serie di operazioni, più o meno diverse e più o meno connesse, tendenti alla concreta utilizzazione del bene secondo uno qualsiasi degli schemi, che sono propri dei diritti reali*»<sup>17</sup>. Con questa formula, il legislatore richiede al possessore un comportamento d'ingerenza concreto ed attuale per tutta la durata del rapporto di fatto con il bene – e non soltanto nella fase iniziale della signoria –, non essendo concepibile un possesso che si manifesti in un mero contegno inattivo<sup>18</sup>. Così, l'attivismo possessorio acquista importanza non solo e non tanto perché chiarisce la *ratio* della tutela del possesso, in una logica produttivista dello sfruttamento delle risorse, ma in quanto fa emergere la rilevanza sistematica dell'istituto in relazione alla concorrente situazione dominicale.

Infatti, la necessità che il possesso si manifesti in un comportamento attivo, e non in una inazione, segna il tratto di netta distinzione con la proprietà. Mentre la “fenomenologia” del proprietario ammetterebbe un contegno inerte, *inoperoso* nei confronti del bene di sua appartenenza, lo stesso non può dirsi per il possessore, che è tale soltanto quando esteriorizzi il proprio potere attraverso un comportamento di positivo utilizzo e godimento<sup>19</sup>. Così, la relazione di corrispondenza all'esercizio del diritto reale instaurata dall'art. 1140, 1° co., c.c. non intercorre con *una* generica modalità di manifestazione del potere di fatto ma con le *sole* manifestazioni attivistiche<sup>20</sup>. Il significato del richiamo

---

offrire una descrizione esauriente del modo in cui questo si manifesta; lo rileva R. CATERINA, R. SACCO, *Il possesso*, cit., p. 66; anche A. FALZEA, *Voci di teoria generale del diritto: prolegomeni a una dottrina del diritto, accertamento, apparenza*, Giuffrè, Milano 1985, alla voce *Comportamento*, p. 793, nt. 68.

<sup>17</sup> U. NATOLI, *Il possesso*, cit., p. 43.

<sup>18</sup> U. NATOLI, op. loc. ult. cit. per cui l'attività «*indica [...] la necessità di un comportamento positivo e non di mera astensione*»; aderisce F. ALCARO, *Il possesso*, cit., pp. 19-20 e 37.

<sup>19</sup> L. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 290, per il quale la differenza tra possesso ed esercizio della proprietà consiste nel fatto che mentre «*il proprietario può indefinitamente astenersi dalla gestione della cosa senza che con ciò il suo diritto cessi se nessun altro la possiede, il possesso è signoria di fatto, è una realtà viva come tale economicamente e giuridicamente protetta*».

<sup>20</sup> N. RONDINONE, *L'attività nel codice civile*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 57: l'Autore parte dall'idea che l'attività sia l'unica forma di estrinsecazione del potere di fatto voluta dal legislatore, ma contrariamente all'impostazione a cui si è scelto di aderire in questo lavoro, questo ritiene che l'attività debba essere intesa come «*la situazione fattuale di possibilità – esclusiva e riconosciuta come tale dai terzi – di esercitare sulla cosa le facoltà proprie del*



all'attività sarebbe, dunque, quello di rompere la completa coincidenza tra esercizio del possesso ed esercizio del diritto reale per limitare la definizione del primo a quei comportamenti apprezzabili «*in termini di oggettività e di effettiva riscontrabilità*»<sup>21</sup>. Così, il possessore non può acquistare né mantenere la sua situazione attraverso un comportamento di mera inerzia, perché la facoltà di non uso del bene non rientra tra quelle forme di esercizio della proprietà ricomprese nella relazione di corrispondenza richiesta dal codice<sup>22</sup>. Né potrebbe essere diversamente, stante la natura fattuale della situazione possessoria: equiparare il possesso alla proprietà sul piano dell'esercizio, ammettendo la possibilità di un possesso inoperoso, smentisce la necessaria effettività che governa il fenomeno possessorio e ha come effetto ultimo quello di adombrare il tratto tipico dell'istituto che in tanto riconosce una tutela conservativa al soggetto sprovvisto di un titolo di appartenenza sul bene in quanto quest'ultimo ne faccia effettivo uso.

Anche una lettura sistematica della nozione di attività può confermare quanto precede. Parte della dottrina, infatti, ha riscontrato nei vari riferimenti legislativi all'attività – nell'impresa e in materia possessoria – l'emersione di un fenomeno peculiare non solo sul piano contenutistico (v. *infra* par. seguente) ma anche per il suo «*modo di porsi nella realtà giuridica*»<sup>23</sup>: si tratta, infatti, di una vicenda apprezzabile nel

---

*contenuto del diritto reale di cui è il riflesso*»; in tal modo si avvicina ad una concezione del *corpus* come potenzialità di un'ingerenza e non come effettivo e continuo esercizio di un atti di gestione e godimento del bene.

Contrario all'idea che il possesso sia soltanto una manifestazione attivistica dell'esercizio della proprietà, A. MASI, *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di Diritto Privato*, 8, *Proprietà*, II, UTET, Torino 1982, p. 427; ID., *Possesso e detenzione*, in N. LIPARI, P. RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2009. p. 102 per cui «*l'attività corrispondente all'esercizio della proprietà è soltanto un modo di manifestazione del potere sulla cosa*».

<sup>21</sup> F. ALCARO, *Il possesso*, cit., p. 39.

<sup>22</sup> Netamente contrario R. CATERINA, R. SACCO, *Il possesso*, cit. pp. 67, 74-5 per cui la concezione attivistica del possesso non troverebbe riscontro nella giurisprudenza; v anche p. 90: l'attività non ha «*un'intensità maggiore dell'ingerenza che è alla base del potere di fatto [...] non esistono parametri legali che impongono un attivismo minimo al soggetto di un diritto. E, in modo corrispondente, non operano parametri legali che impongono un attivismo minimo a chi esercita un diritto*».

<sup>23</sup> F. ALCARO, *L'attività: profili ricostruttivi e prospettive applicative (saggi)*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 1999, pp. 19; P.A. aggiunge che «*l'attività non costituisce (...) l'esercizio di un potere sovrastante di cui traduca le potenzialità in esso racchiuse, ma si esprime e si legittima nel suo effettivo esplicarsi senza supporre un prius o investitura a monte che ne individui la consistenza formale a priori*».

momento in cui si manifesta, nell'effettività del suo esercizio, e senza dunque che questa trovi *a priori* legittimazione in una prerogativa giuridica attribuita dall'ordinamento al soggetto che di fatto la esercita. In ciò, dunque, consiste – oltre che l'originalità del concetto, anche – la profonda ed irriducibile distanza con la categoria del diritto soggettivo su cui l'impostazione più tradizionale tende ad appiattire l'istituto possessorio.

Infatti, la dottrina legata all'idea del possesso come potere simmetrico al contenuto della proprietà ha mantenuto un approccio di sostanziale continuità con la disciplina del precedente codice, attribuendo minor peso sistematico<sup>24</sup> – se non addirittura prospettando un'abrogazione implicita<sup>25</sup> – ai tratti di novità emergenti dalla nuova formulazione (l'attività e la corrispondenza all'esercizio di un diritto reale).

Sulla scorta di quest'idea, il potere di fatto viene sovrapposto integralmente all'esercizio della proprietà (o di altro diritto reale minore)<sup>26</sup> con il conseguente risultato di ammettere, all'interno dello spettro dei possibili comportamenti che il possessore può tenere, tanto ingerenze positive quanto comportamenti di mera inattività sul bene. Così, la pretesa identità tra possesso ed esercizio della proprietà ha l'effetto di far ricomprendere anche la facoltà di non uso del bene tra i modi di manifestazione del potere di fatto<sup>27</sup>. Da tale assunto deriva l'incapacità di individuare l'elemento caratterizzante la situazione possessoria facendo esclusivo riferimento alla condotta dell'interessato, in quanto il comportamento di inerzia rispetto al bene non assume nella realtà esterna una forma distintiva per il fatto di essere esercitato dal proprietario (piuttosto che da un terzo)<sup>28</sup>. In altri termini, l'inerzia non si atteggia

---

<sup>24</sup> R. CATERINA, R. SACCO, *Il possesso*, cit., pp. 66-7; C. TENELLA SILLANI, *Possesso e detenzione*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, 1996.

<sup>25</sup> Suggestisce un'interpretazione sostanzialmente abrogativa e antiletterale dell'art. 1140 c.c. e del concetto di attività A. FEDELE, *Nozioni generali sulla fattispecie del possesso*, cit., pp. 38-48.

<sup>26</sup> La massima espressione di questo pensiero, per la ricchezza di argomentazioni, è di R. CATERINA, R. SACCO, *Il possesso*, cit., che giustifica la completa *simmetria* tra signorie fattuali e dominicali sia da un punto di vista di comparazione giuridica con altri ordinamenti e di teoria generale (pp. 7 ss.), sia sul piano del diritto positivo (pp. 89 ss.).

<sup>27</sup> *Ivi*, p. 66 ss.: gli studiosi «amano insistere sull'attività del possessore, e dimenticano che il possessore si comporta come il proprietario, il quale proprietario può essere attivo, e può essere inoperto».

<sup>28</sup> Di recente v. anche M. FORNACIARI, *Il possesso e la sua tutela: lineamenti generali*, Giappichelli, Torino 2012, p. 70.

diversamente se compiuta dal possessore, dal proprietario o da qualunque altro soggetto.

L'impossibilità di distinguere il possessore facendo riferimento esclusivo all'elemento oggettivo del comportamento costringe l'interprete a ricercare ulteriori elementi della fattispecie che siano in grado di indicare con sufficiente certezza quando si è alla presenza di una signoria esclusiva sulla cosa, indipendentemente dal suo estrinsecarsi come un'attività positiva. A tal fine, la dottrina ha fatto ricorso, da un lato, alla valorizzazione dell'elemento intenzionale e, dall'altro, al dato oggettivo di astensione dei terzi dall'interferire con la signoria del possessore<sup>29</sup>. Rinviando a un secondo momento l'analisi dell'*animus* (cfr. *infra* par. 3.), è opportuno dar conto delle ragioni mosse dalla dottrina a sostegno della pretesa necessità di concepire l'astensione dei consociati come un elemento imprescindibile del potere di fatto.

### 3. L'astensione dei terzi

Mentre l'ingerenza del possessore non consentirebbe di rappresentare con certezza il potere su cui essa si fonda a causa della sua estrinsecazione *saltuaria* e *sfuggente*, «*l'astensione della generalità si perpetua senza scansioni e senza soste, ed è totale*»<sup>30</sup>. Senza, dunque, escludere del tutto la necessità di un'ingerenza da parte del possessore – quanto meno nel momento iniziale dell'acquisto della materiale disponibilità della cosa – parte della dottrina ha ritenuto di attribuire maggior rilevanza all'elemento esteriore dell'astensione altrui, un fatto materiale a contenuto negativo. Rafforzando ancor di più la simmetria tra possesso e proprietà, si rintraccia nell'astensione la proiezione fattuale di quel tratto distintivo di qualunque situazione di appartenenza di natura proprietaria, vale a dire la sua esclusività *erga omnes*. Il rispetto dell'altrui possesso da parte della generalità dei consociati rappresenterebbe, secondo quest'opinione, un indice di riconoscimento del possesso

---

<sup>29</sup> R. CATERINA, R. SACCO, *Il possesso*, cit., pp. 65 ss.; di recente v. anche A. MASI, *Possesso e detenzione*, cit., p. 103; tra i primi v. A. FEDELE, *Possesso ed esercizio del diritto*, Giappichelli, Torino 1950, pp. 61 ss.; più risalenti sostenitori della tesi dell'astensione dei terzi come elemento costitutivo del potere di fatto, A. MONTEL, *Il possesso*, cit., p. 42 (in particolare nt. 8); F. CARNELUTTI, *Trattato del processo civile*, Morano, Napoli 1958, p. 359, n. 3.

<sup>30</sup> R. CATERINA, R. SACCO, ult. op. cit., p. 69.

maggiormente certo e stabile di quanto non sia il comportamento dell'interessato sul bene.

Ora, il richiamo all'elemento dell'astensione ha indubbiamente il pregio di porre l'accento sulla necessità di accertare la conservazione del *corpus* facendo riferimento non soltanto al comportamento del possessore ma anche a eventuali atti di utilizzo del bene da parte di terzi che siano in concreto incompatibili con il mantenimento del possesso<sup>31</sup>.

Maggiori perplessità suscita in dottrina la pretesa di elevare questo dato ad elemento costitutivo del potere di fatto.

Innanzitutto, la presenza di terzi interessati all'utilizzo della cosa, che tuttavia si astengono dal compiere un'ingerenza ai danni di un possessore, rappresenta una circostanza meramente eventuale nella realtà: è ben possibile che nella concreta dinamica sociale in cui il possessore esercita il suo potere, nessun altro soggetto sia interessato a godere del bene. Ebbene, se l'accertamento si concentrasse solo sull'astensione e non anche sull'attività del possessore sarebbe arduo distinguere tra astensione e mero disinteresse dei terzi, con il risultato di qualificare come possesso anche un comportamento assolutamente inespressivo di una signoria sulla cosa.

Inoltre, i rilievi critici che possono essere – e sono stati – mossi a questa ricostruzione si sviluppano su piani differenti. Innanzitutto, questo requisito non è esplicitato dall'art. 1140 né dalle intenzioni del redattore e richiede quindi di essere ricostruito «*svolgendo logicamente gli elementi strutturali del potere di fatto*»<sup>32</sup>. Inoltre, l'astensione dei terzi potrebbe costituire un elemento implicito della fattispecie, ricavabile logicamente, soltanto qualora il legislatore avesse instaurato una relazione d'identità tra proprietà e possesso<sup>33</sup> in luogo del rapporto di *corrispondenza* richiamato dall'art. 1140 c.c. e che evidentemente mira a escludere la totale sovrapposibilità delle posizioni.

---

<sup>31</sup> G. LIOTTA, *Situazioni di fatto e tutela della detenzione*, Jovene, Napoli 1983, pp. 26-28.

<sup>32</sup> Così replicano R. CATERINA, R. SACCO, ult. op. cit., p. 69 al rilievo di U. NATOLI, *Il possesso*, cit., p. 42 per cui nella disciplina del codice non vi è traccia della pretesa esigenza di generale astensione.

<sup>33</sup> Ciò sarebbe prospettabile qualora il legislatore avesse sostituito all'*incipit* dell'art. 1140, 1° co., c.c. una frase di questo tenore: «*il possessore è colui che si comporta come il proprietario*». Sul punto v. U. GRASSI, *La tutela esterna del possesso*, cit., p. 47 per cui «*una situazione di appartenenza non meglio individuata che presentasse tutti gli elementi contenutistici e formali propri della proprietà sarebbe proprietà essa stessa. V'è dunque che un giudizio di somiglianza deve accontentarsi di una minor coincidenza di elementi*» rispetto a un giudizio di identità.

Infine, in base alla disciplina del codice, l'ingerenza del terzo sul bene può manifestarsi o in termini di mera molestia – che non assume rilevanza ai fini della perdita del possesso – oppure come un'attività positiva sul bene la cui intensità è tale da integrare uno spoglio che vale a far cessare il possesso precedente e – qualora ricorrano tutti i presupposti – a costituirne uno nuovo in capo allo spogliante<sup>34</sup>. Dunque, senza una più puntuale definizione di quali ingerenze siano rilevanti ai fini della perdita del possesso, anche il richiamo all'astensione non offre di per sé una più sicura indicazione circa la conservazione del possesso.

Più in generale, è opportuno considerare che rispetto a un istituto che disciplina il godimento fattuale di beni rivali<sup>35</sup>, qual è il possesso, l'astensione dei terzi costituisce il correlato negativo necessario del potere di fatto del possessore: quando c'è un godimento pieno da parte del possessore (e quindi in assenza di un compossesso) è la natura stessa del bene che non dà spazio a forme di interferenza la cui intensità sia tale da escludere l'utilizzo altrui e da rappresentare quindi uno spoglio nei confronti del precedente possessore.

Tuttavia, mentre l'attività che il possessore attua sul bene si manifesta positivamente all'esterno, consentendone l'accertamento, al contrario, l'astensione può essere accertata o facendo ricorso a elementi soggettivi (vale a dire l'intimo riconoscimento da parte dei terzi dell'altrui potere di fatto) oppure nel momento in cui tale astensione cessa di esistere a seguito di un'ingerenza altrui (che sia apprezzabile oggettivamente come spoglio). Rispetto a un simile conflitto, l'accertamento del possesso si risolverà in ogni caso in favore di «*chi può vantare il comportamento maggiormente significativo da un punto di vista sociale*»<sup>36</sup>. Non sarà, dunque, la mancata astensione dei terzi *ex se* a determinare l'assenza di un potere di fatto ma il fatto che il possessore non abbia attuato un comportamento abbastanza intenso da rappresentare un contegno corrispondente a quello proprietario. Il fatto che ciò dipenda dall'intrusione

---

<sup>34</sup> Sulle difficoltà conciliare la teoria dell'astensione con la conservazione del possesso nei casi di altrui molestia, v. U. NATOLI, *Il possesso*, cit., p. 42; A. MELA, *Il concetto di possesso: un'indagine di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1993, p. 118.

<sup>35</sup> È noto come la teoria economica definisca rivali quei beni il cui utilizzo da parte di un individuo interferisce inevitabilmente con l'utilizzo altrui, rendendo impossibile una loro fruizione piena e contestuale da parte di più soggetti. La rivalità del bene viene così governata, per evitarne il depauperamento, attraverso l'attribuzione in esclusiva dello stesso ad un solo individuo ed affidando al successivo scambio la circolazione dell'utilità.

<sup>36</sup> U. GRASSI, *La tutela esterna del possesso*, cit., p. 45

altrui è logicamente secondario, meramente eventuale nella realtà concreta e, comunque, di difficile accertamento fintanto che la situazione non si interrompe (in seguito alla cessazione dell'astensione).

In conclusione, è sul comportamento in concreto esercitato dal possessore che è opportuno concentrare l'attenzione, al fine di individuare quando questo sia in grado rappresentare l'effettiva attuazione di un potere di fatto corrispondente all'esercizio della proprietà.

### 3.1. Attività e continuità del possesso

Limitare l'esercizio del possesso ai soli comportamenti operosi, senza le dovute puntualizzazioni, fa sorgere in sede applicativa non pochi problemi. Senza una precisa indicazione di come il possesso si acquista, si conserva e si perde, infatti, una simile definizione del fenomeno rischia di essere «*incompatibile con le esigenze di una gestione normale dei beni*»<sup>37</sup>. Se si attribuisse all'attività un'accezione meramente fisicista, infatti, si approderebbe ad una nozione di *corpus* eccessivamente rigida ed incapace di giustificare anche minime forme di discontinuità nell'utilizzo del bene da parte del possessore, che evidentemente non sono tali da farne cessare il controllo. Alcune precisazioni si rendono, dunque, necessarie con riferimento a ciò che debba intendersi con *attività* al fine di poter definire con certezza quando si è alla presenza di un'inerzia incompatibile con il mantenimento del possesso.

Come si diceva, il concetto merita di essere riconsiderato in una prospettiva più ampia, anche alla luce dell'impiego complessivo che ne viene fatto all'interno del Codice civile. Nel nostro ordinamento l'attività è stata genericamente definita come «*insieme di atti di diritto privato coordinati o unificati sul piano funzionale dalla unicità dello scopo*»<sup>38</sup> costitutivo di effetti giuridici distinti da quelli attribuiti ai singoli atti che lo

---

<sup>37</sup> R. CATERINA, R. SACCO, ult. op. cit., p. 75: gli Autori aggiungono che «*i soggetti di norma non realizzano continui atti di godimento dei propri beni; anche l'inerzia può essere un comportamento efficiente, e non c'è ragione di scoraggiarla con la minaccia di perdere il possesso*».

<sup>38</sup> G. AULETTA, *Attività*, in *Enciclopedia del Diritto*, n. 3, 1958, p. 982; ma nel medesimo senso anche P. SPADA, *Impresa*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione commerciale*, 1992, pp. 32, p. 41 che parla di «*pluralità di comportamenti teleologicamente coerenti*». Parzialmente critico rispetto all'accento posto sulla "serie di atti" che compone l'attività, F. ALCARO, *L'attività: profili ricostruttivi e prospettive applicative (saggi)*, cit., p. 26, che rileva come «*la costante e diffusa risoluzione dell'attività nella 'serie di atti' [...] determina inevitabilmente la vanificazione del concetto che diviene l'indice di una mera trasposizione quantitativa o una variazione terminologica dell'atto*».

compongono<sup>39</sup>. Tale definizione emerge dalla lettura di alcune disposizioni del codice: il riferimento congiunto all'art 1140 c.c. in materia possessoria e all'art. 2082 c.c. – che definisce l'imprenditore come colui che esercita un'«attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi» – ha permesso ai commentatori di valorizzare le peculiarità del concetto in esame dal punto di vista operativo e di marcare le differenze rispetto alla tradizionale nozione di atto giuridico.

Il riferimento a un comportamento considerato nel suo complesso perché teso al perseguimento di un unico scopo consente di leggere l'agire umano nel suo dinamismo e, al contempo, di unificare in un quadro più ampio singoli momenti (di attività o inerzia) che presi singolarmente sono privi del medesimo significato dal punto di vista funzionale. Così, episodici atteggiamenti attivi o omissivi del soggetto possono essere considerati come facenti parte di un *comportamento* orientato al perseguimento del medesimo risultato. Ora, quando si parla di *orientamento* dei singoli atteggiamenti, è bene precisarlo, si fa riferimento ad un'operazione di unificazione funzionale che opera in modo assolutamente oggettivo, senza cioè che l'agire umano debba essere letto alla luce del convincimento psichico del soggetto che lo realizza. Infatti, l'identificazione dello scopo a cui la serie di atteggiamenti (attivi o omissivi) è orientata dipende dall'interesse che il soggetto intende perseguire attraverso la sua iniziativa nei confronti del mondo circostante. In altri termini, «*il comportamento, nella sua direzione verso un risultato, denuncia l'interesse del soggetto alla situazione in che il risultato consiste. L'orientamento conferisce al comportamento l'ufficio di segnale dell'interesse del soggetto*»<sup>40</sup>.

Trasponendo queste riflessioni nella teoria dell'attività possessoria, è possibile ripensare il tradizionale concetto di *corpus possessionis* e superare gli ostacoli derivanti da una sua concezione materiale, e ciò

---

<sup>39</sup> G. AULETTA, ult. op. cit., p. 982; si distingue così l'attività come fattispecie – il cui prototipo normativo è rappresentato dall'art. 2082 c.c. e dall'art. 1140 c.c. – dall'attività come comportamento dovuto, consistente «*in una serie di atti che realizzano l'interesse del creditore in quanto compiuti o omissi nel loro insieme*».

<sup>40</sup> Il concetto è stato sviluppato da A. FALZEA, *Voci di teoria generale del diritto: prolegomeni a una dottrina del diritto, accertamento, apparenza*, cit., p. 790. L'Autore definisce il comportamento come «*ogni atteggiamento fisico del soggetto in quanto non è fisicamente necessitato dalla realtà esterna ed eventualmente in quanto ha il potere di necessitare la realtà esterna, è un comportamento*». Del medesimo autore v. ID., *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1, 1996, p. 1; ID., *Manifestazione (teoria generale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1975.

senza ricorrere alla considerazione degli stati soggettivi del possessore. L'interesse alla fruizione della cosa in tanto viene in evidenza in quanto il comportamento possessorio si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio di un diritto reale tipizzato nel suo (pur vasto) contenuto. Una volta emerso, però, l'interesse mantiene una sua stabilità a prescindere dai singoli atti posti in essere e così consente di «*trascendere l'attualità dei singoli episodi comportamentistici e [di] impegnare il tempo futuro*» nella qualificazione dell'attività possessoria<sup>41</sup>. Il comportamento attuale, letto alla luce dell'interesse sotteso, si proietta in una prospettiva di futura continuazione del comportamento di utilizzo del bene.

In conclusione, la teoria generale del comportamento giuridico offre all'interprete strumenti nuovi che consentono di ridefinire le antiche categorie di *corpus* e, come si vedrà, di *animus*. Così, il potere di fatto del possessore non è riducibile ad atti squisitamente materiali ma può essere descritto in modo più dinamico come un'attività di complessivo godimento e gestione del bene (che, quindi, non perde la sua continuità a seguito di una momentanea astensione del suo utilizzatore). Attraverso la valorizzazione del nesso tra comportamento e interesse non è indispensabile giustificare i normali momenti di astensione dall'utilizzo del bene attraverso la configurazione di un possesso *solo animo* accompagnato dalla mera potenzialità di ripristino del *corpus* da parte del possessore, in quanto il comportamento in concreto tenuto dall'interessato continua ad esprimere in modo univoco l'effettivo mantenimento del potere di fatto quale manifestazione di uno specifico attivismo sul bene.

Per accertare in concreto le forme di quest'attività, parte della dottrina ha opportunamente posto l'accento sulla necessità di valutare il comportamento attivo del possessore alla luce della natura e alla destinazione socioeconomica della cosa<sup>42</sup>. Infatti, è evidente che per apprezzare se un determinato comportamento corrisponda o meno al modello comportamentale di utilizzo e gestione attiva di un diritto reale, assume importanza centrale la considerazione in concreto delle

---

<sup>41</sup> Prosegue A. FALZEA, *Voci di teoria generale del diritto*, cit., p. 794, nt. 68, rilevando che «*l'orientamento univoco che traspare da ciascuno e da tutti gli episodi comportamentistici sta ad indicare che la cosa è stata elevata dal soggetto a fonte stabile di utilità, sicché il comportamento complessivo esprime la oggettiva esigenza della continuità della fruizione. A questo carattere allude in sostanza la legge allorché [...] designa il possesso come potere (art. 1140 c.c.). Il potere non è altro che la possibilità materiale del soggetto di fruire della cosa*».

<sup>42</sup> U. NATOLI, op. cit., p. 39; G. LIOTTA, *Situazioni di fatto e tutela della detenzione*, cit., p. 34.



caratteristiche del bene oggetto del potere di fatto: se, dunque, il bene sia mobile o immobile; se sia destinato ad un uso abitativo o produttivo, ecc.

D'altra parte, la presa di coscienza di come le forme giuridiche di appartenenza siano necessariamente influenzate dalle caratteristiche naturali e giuridiche delle cose che ne formano l'oggetto rappresenta il punto di approdo di una più generale riflessione della moderna teoria dei beni<sup>43</sup>. A maggior ragione, questo dato appare ineludibile nell'ambito delle situazioni possessorie, in cui lo sfruttamento della cosa non è la manifestazione dell'esercizio di prerogative dominicali definite *a priori*, ma acquista rilevanza nell'effettività della sua attuazione. Così, sul piano possessorio, la natura e la destinazione dei beni rappresenta un elemento imprescindibile per la descrizione dell'attività che l'interessato deve esplicare per poter essere considerato possessore, in quanto contribuisce a definire la forma assunta dal potere di fatto esercitato senza l'intermediazione del diritto soggettivo.

Più nello specifico, rispetto al problema avvertito in dottrina di definire i modi di acquisto, conservazione e perdita del possesso, la discontinuità del comportamento sarà valutata come inerzia (e quindi incompatibile con il mantenimento della situazione) soltanto nei casi in cui non rappresenti un *normale* modo di estrinsecazione del potere; normalità che dovrà necessariamente essere parametrata al tipo di utilità che la cosa in concreto può soddisfare e al fatto che il "non uso" sia o no incompatibile con l'interesse sotteso all'attività di sfruttamento di quel determinato bene<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> Autorevole dottrina ha fatto riferimento all'espressione "ontologia dei beni" proprio per rimarcare la necessaria influenza che la natura e le caratteristiche del bene hanno sulle relative forme di appartenenza; cfr. A. GAMBARO, *Ontologia dei beni e jus excludendi*, in *Comparazione e diritto civile*, n. 2, 2010; ID., *I beni*, Giuffrè, Milano 2012.

<sup>44</sup> La giurisprudenza, da parte sua, in più pronunce ha fatto ricorso al criterio della destinazione d'uso del bene per determinare la rilevanza di una temporanea inattività del possessore o di forme di godimento intermittente. Cfr. Cass. Civ., 24 febbraio 1993 n. 2260, Cass. Civ. 16 novembre 1984 n. 5825, Cass. Civ. 15 dicembre 1984 n. 6578: «*ai fini del mantenimento del potere di fatto, non occorre da parte del possessore l'esplicazione di continui e concreti atti di fruizione e di possesso sulla cosa, ma è sufficiente che questa, anche in relazione alla sua destinazione, possa continuare a considerarsi rimasta nella sua virtuale disponibilità, salvo che non risulti esteriorizzato, attraverso chiari ed inequivoci segni, l'animus derelinquendi*»; ancora si veda Cassazione civile, sez. II, 12 luglio 2000, n. 9238, in *Giust. civ. Mass.* 2000, 1535 per cui «*la continuità del possesso va posta in relazione con la destinazione del bene che ne forma oggetto e l'intermittenza dei relativi atti di godimento, quando rivestono carattere*

In questa prospettiva, si dovrà quindi distinguere tra un'inattività materiale che è coerente con l'esplicazione del potere di fatto, perché facente parte del normale modo di utilizzazione di uno specifico bene, e un'inerzia giuridicamente rilevante ai fini della perdita del possesso, che è «*solo quella che non trova giustificazione in relazione al modo di essere dell'oggetto del possesso, in ordine alla sua fruibilità*»<sup>45</sup>.

Questi rilievi acquistano una duplice importanza nella prospettiva d'indagine del seguente lavoro. L'includibile rilevanza della destinazione d'uso e natura del bene dovrà necessariamente essere tenuta di conto nell'analisi delle situazioni di fatto dell'abitazione: appare, infatti, interessante rilevare come la nozione di abitazione contribuisca a definire il peculiare tipo di attività che il soggetto svolge sul bene, che non potrà risultare omogenea, nella sua intensità e frequenza, a forme di utilizzo di altri beni (es. un automobile, un fondo ad uso agricolo, un capannone industriale, ecc.). La valutazione circa la continuità del possesso e, dunque, l'attività o l'inerzia del possessore dovranno essere parametrati a quello specifico comportamento che è l'*abitare*.

D'altra parte, una visione maggiormente elastica del concetto di attività – nei termini sopra esposti – consente di superare l'idea per cui, a seguito della consegna del bene in favore del detentore, il possessore mediato si priverebbe del *corpus*, il quale verrebbe completamente trasferito in capo al primo, per mezzo del quale il possesso continua a essere esercitato<sup>46</sup>. A ben guardare, una tale impostazione è figlia del medesimo approccio fisicista secondo cui l'esercizio del potere di fatto debba necessariamente manifestarsi con atti squisitamente materiali sul bene e non anche attraverso comportamento in senso lato gestorio che,

---

*di normalità in relazione a detta destinazione, non esclude la persistenza del potere di fatto sulla cosa».*

<sup>45</sup> F. ALCARO, *Il possesso*, cit., p. 57.

<sup>46</sup> Così argomenta la dottrina più tradizionale incline a rintracciare nel secondo comma dell'art. 1140 c.c. la riconferma della necessità strutturale dell'*animus*, nonché della possibilità di concepire un possesso senza *corpus* nella fase successiva all'acquisto del possesso; cfr. R. CATERINA, R. SACCO, *Il possesso*, cit., pp. 88 ss. per il quali il potere di fatto sarebbe esercitato interamente dal detentore mentre il possessore mediato avrebbe «*una posizione di totale inerzia*». La giurisprudenza sul punto è più ambigua: pur continuando a valorizzare l'elemento intenzionale per giustificare la conservazione della situazione di fatto in capo al possessore mediato (Cass. Civ. 21 dicembre 1999, n. 14368, in *Mass. Giur. It.*, 1999: «*ben possibile esercitare il possesso anche per il tramite degli affittuari dell'immobile rilevando a tal fine l'animus*») allo stesso tempo precisa che la qualifica di possessore «*discende dalle modalità concrete dell'esercizio della utilizzazione del bene*», attribuendo rilevanza decisiva al contegno oggettivo che questi assume.

nel rispetto della destinazione economica del bene, valorizza utilità differenti dall'godimento diretto della *res*<sup>47</sup>. Il concetto di attività consente di descrivere il comportamento possessorio in funzione dello sfruttamento del bene in base all'utilità che esso esprime: è dunque chiaro che se le utilità espresse dal bene che è oggetto del possesso sono fruibili attraverso atti di natura negoziale, appare riduttivo limitare la nozione di attività soltanto a ingerenze puramente materiali sul bene<sup>48</sup>.

### 3.2. Il potere di fatto nella giurisprudenza

L'impostazione teorica che mette al centro l'attività deve essere confrontata con le applicazioni giurisprudenziali al fine di vagliare se, indipendentemente dalle declamazioni e dall'uso di una terminologia differente, in concreto l'accertamento degli elementi costitutivi della fattispecie si avvicini alla concezione di possesso ricostruita dalla dottrina in esame.

Ebbene, è ormai indirizzato consolidato che il mantenimento del potere di fatto non dipenda necessariamente da un utilizzo continuato e senza intervalli della cosa da parte del possessore «*quando la discontinuità dipenda da fattori economico sociali che qualificano l'uso della stessa*»<sup>49</sup>. Così, emerge la necessità di concentrare l'accertamento della continuità del possesso – per esempio ai fini dell'accertamento dell'usucapione – guardando alla destinazione della cosa che ne forma oggetto in relazione alla normalità degli atti di saltuario *non uso*<sup>50</sup>.

Non altrettanto marcata sembra essere l'attenzione che il giudice pone all'attività come elemento di individuazione della signoria di fatto

---

<sup>47</sup> F. ALCARO, *Il possesso*, cit., p. 53: «*atti (negoziali) di gestione compiuti dal possessore che comportino una utilizzazione indiretta della cosa, quale la concessione a favore di altri del godimento della stessa, [sono] senz'altro idonei ad esprimere l'esercizio di quell'attività nella quale si fa consistere il possesso*»; R. OMODEI SALÈ, *La detenzione e le detenzioni: unità e pluralismo nelle situazioni di fatto contrapposte al possesso*, CEDAM, Padova, 2012, pp. 11 ss.

<sup>48</sup> U. NATOLI, *Il possesso*, cit., p. 46: la detenzione è «*il risultato di una forma di utilizzazione indiretta della res, espressione, appunto, di quel "potere", attraverso il compimento di una attività (concessione in locazione, comodato etc.) quale quella, che, ad es., potrebbe porre in essere il proprietario o l'usufruttuario*».

<sup>49</sup> Cass. Civ. 29 agosto 1998, n. 8612, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, p. 1810 avente ad oggetto il possesso di un'abitazione; v. anche Cass. civ. 19 aprile 1995, n. 4360, in *Giust. civ. Mass.* 1995, p. 853; Cass. Civ. 24 febbraio 1993, n. 2260, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, p. 366. Di recente tra i giudici di merito, v. Trib. Larino 15 gennaio 2009, in *DeJure Giuffrè*, Trib. Cagliari, 27 luglio 2004, in *Giur. Merito*, 2006, n. 4, p. 932.

<sup>50</sup> In particolare, si veda Cass. Civ. 12 luglio 2000, n. 9238, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, p. 1535.

sul bene. Ciò appare evidente se si analizzano alcune decisioni aventi a oggetto la vicenda possessoria nel momento della sua continuazione piuttosto che quello dell'iniziale acquisto. Mentre, infatti, affinché si realizzi la signoria sul bene non è in dubbio che sia necessario un atto di iniziale ingerenza sul bene che sia apprezzabile positivamente, rispetto alla successiva fase di conservazione del possesso, la giurisprudenza – sul solco della dottrina dominante<sup>51</sup> – si avvale di criteri descrittivi del fenomeno divergenti dall'effettiva estrinsecazione di un comportamento attivistico: in base alle pronunce più consolidate la permanenza del potere di fatto in capo all'interessato dipende dal mantenimento di una «virtuale disponibilità» della cosa, o in altri termini, della mera «possibilità di ripristinare il corpus quando [questi] lo voglia»<sup>52</sup>. In questi casi, aggiunge la giurisprudenza, il possesso si mantiene *solo animo*.

È stato opportunamente rilevato che lo sforzo interpretativo di superare una concezione materiale del comportamento possessorio (attraverso la valorizzazione della destinazione d'uso del bene) risulti in questo modo notevolmente ridimensionata. Infatti, è inutile – se non addirittura contraddittorio<sup>53</sup> – sostenere che non sia necessaria una continua attività del possessore sul bene, se poi allo stesso tempo si insiste nell'affermare che in tale ipotesi il *corpus* venga meno. Così facendo, infatti, si corre il rischio di sovrapporre a fasi alterne due differenti concetti di *corpus*, quello apprezzabile in termini di oggettiva funzionalità rispetto all'utilità del bene (cfr. *supra* par. 2.2.) e quello che sussiste nei soli momenti di materiale e costante ingerenza sullo stesso.

La contraddizione della formula possesso “*solo animo*” emerge con maggiore chiarezza considerando il fenomeno possessorio nel suo complesso ed in particolare l'istituto dell'usucapione. La necessità di un possesso continuato e ininterrotto dell'usucapente ha come inevitabile conseguenza quella di accertare un «*comportamento possessorio continuo e non interrotto, inteso inequivocabilmente ad esercitare sulla cosa, per tutto il tempo previsto dalla legge, un potere corrispondente a quello del proprietario o del titolare di altro diritto reale, manifestato con il compimento di atti conformi alla qualità ed alla destinazione del bene o comunque tali da rivelare sullo stesso, anche*

---

<sup>51</sup> R. CATERINA, R. SACCO, *Il possesso*, cit., p. 73.

<sup>52</sup> V. Cass. Civ. 4 febbraio 2000 n. 1253, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, p. 242; Cass. Civ. 29 agosto 1998 n. 8612, cit.; Cass. Civ. 5 dicembre 1988 n. 6583.

<sup>53</sup> F. ALCARO, *Il possesso*, cit., p. 55 secondo cui, in tal modo, «*si cade nella evidente contraddizione di assumere per un verso quale fisiologica la discontinuità dell'uso materiale e per un altro verso rilevarne, quando essa si verifichi, una variazione e una diversificazione del modo di atteggiarsi degli elementi costitutivi del possesso*».

*esternamente, una indiscussa e piena signoria, in contrapposizione all'inerzia del titolare»*<sup>54</sup>. Quindi, a meno di non voler prospettare un possesso strutturalmente diverso con specifico riferimento all'istituto dell'usucapione, le pronunce in esame finiscono per richiedere che il *corpus* sia presente in ogni momento della vicenda possessoria<sup>55</sup> e ribadiscono l'importanza della *qualità* e della *destinazione economica* della cosa per la valutazione circa la continuità del possesso.

Invero, l'idea di un'attenuazione del *corpus* – se non addirittura una sua spiritualizzazione – aveva in passato la funzione di giustificare la conservazione del possesso nei momenti di normale assenza dall'utilizzo della cosa sul presupposto che il comportamento del possessore dovesse essere valutato nei suoi singoli atti di materiale contatto della cosa; a fronte di una riflessione più matura, la suddetta formula risulta addirittura fuorviante nella descrizione del fenomeno possessorio, perché suggerisce la possibilità che la volontà sopperisca ad un contegno di effettivo utilizzo del bene, distorcendo così la stessa natura fattuale dell'istituto<sup>56</sup>.

Ciò detto, la critica al persistente richiamo da parte della giurisprudenza alla teoria del possesso *solo animo* di per sé non varrebbe a negare la capacità del criterio della virtuale disponibilità di individuare quando il possesso è conservato o perso. A tal fine è necessario domandarsi in che cosa si traduca una nozione di potere di fatto inteso come attività potenziale e, una volta chiarito, se questa sia in concreto più agevole da accertare rispetto a un'indagine incentrata sull'effettivo utilizzo della cosa<sup>57</sup>.

Da una lettura complessiva delle pronunce della giurisprudenza, è possibile riscontrare la difficoltà di descrivere la virtuale disponibilità con elementi propri del comportamento del possessore che indichino

---

<sup>54</sup> V. Cass. Civ. 02 luglio 2014 n. 15102, in *DeJure Giuffrè*, Cass. Civ. 09 agosto 2001 n. 11000, in *Riv. giur. edilizia* 2001, I, 1070 e in *Studium Juris* 2002, 99; in senso conforme v. anche Cass. Civ. 13 dicembre 1994 n. 10652, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 12.

<sup>55</sup> Cfr. F. ALCARO, *Il possesso*, cit., pp. 63-4.

<sup>56</sup> Osserva C. M. BIANCA, *Diritto civile. 6. La proprietà*, cit., p. 731 che «*la teoria soggettiva richiama l'idea del diritto soggettivo come volontà tutelata dalla legge. Si tratta tuttavia di un'idea che è ormai superata e che comunque mal si presta a spiegare la natura del possesso che per dominante riconoscimento non è un diritto.*»

<sup>57</sup> M. FORNACIARI, *Il possesso e la sua tutela*, cit., p. 67 pone l'accento sulla necessità di tenere distinta la potenzialità dell'ingerenza dall'effettivo utilizzo del bene, sebbene l'Autore giunga poi a conclusioni completamente differenti. L'Autore, infatti, sposa una concezione restrittiva di attività e, dunque, non può che concludere per la necessità di concepire il *corpus* come potenzialità dell'ingerenza.

quando questa persista o venga meno. Invero, soltanto quando sia possibile verificare l'incorrere di accadimenti estranei alla sfera del possessore, quali il «*mutato stato dei luoghi*» e «*l'eventuale acquisto del possesso da parte di terzi*»<sup>58</sup>, la giurisprudenza preferisce affidare a tali eventi l'accertamento della cessazione della potenzialità dell'ingerenza: in questi casi, infatti, la presenza di un evento positivamente riscontrabile, in grado di manifestare l'interruzione del contatto tra soggetto e bene, consente di semplificare l'indagine circa il perdurare di un elemento meramente "virtuale"<sup>59</sup>. Così, è chiaro come il venir meno del *corpus*-potenzialità possa essere facilmente accertato quando la continuità è minacciata da fattori esterni riconoscibili e, in particolare, dall'intervento di soggetti terzi, i quali attraverso il proprio comportamento fanno – o rischiano di far – interrompere il controllo sulla cosa<sup>60</sup>: in caso di spoglio la potenziale ingerenza verrà meno e il possessore perderà la sua situazione, salvo poi recuperarla sperando l'azione di reintegrazione. Analogo discorso può essere fatto con riferimento ad eventi esterni che siano tali da provocare il perimento del bene o un mutamento dello stato dei luoghi abbastanza intenso da manifestare un inequivocabile allontanamento del possessore.

Al contrario, in assenza di elementi che contribuiscano a negare *ab externo* la potenziale ingerenza, è più arduo definire in base a quale criterio il soggetto stia continuando ad esercitare un'attività sul bene o se abbia per sua volontà (*rectius* per fatto proprio) cessato di esprimere un comportamento di tipo possessorio. Ciò trova conferma nei tentativi giurisprudenziale di dare un'autonoma definizione alla virtuale disponibilità, che si sono limitati all'utilizzo di formule per lo più tautologiche – quali la possibilità di «*ripristinare quando lo si voglia*» ovvero «*di*

---

<sup>58</sup> Sono queste le espressioni usate in giurisprudenza ma che corrispondono alle cause di perdita del possesso comunemente richiamate dalla dottrina; cfr. F. DE MARTINO, *Del possesso. Art. 1140-1172*, cit., pp. 13-15; C. M. BIANCA, *Diritto civile. 6: La proprietà*, cit., pp. 756-8; U. NATOLI, ult. op. cit., pp. 116-22; R. CATERINA, R. SACCO, *Il possesso*, cit., p. 73, l'elemento della potenzialità dell'ingerenza è descritto come la capacità «*di riottenere questo contatto mediante un comportamento potestativo proprio, o in seguito a probabili futuri eventi naturali (...), o in seguito a probabili comportamenti di terzi*».

<sup>59</sup> In senso analogo anche R. EPSTEIN, *Possession*, in P. NEWMAN (a cura di), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Stockton, New York, NY, 1998, p. 63.

<sup>60</sup> Non è un caso che la stessa nozione di *virtuale disponibilità* sia descritta in alcune pronunce in termini di possibilità di riottenere la disponibilità della cosa senza ricorrere ad «*azioni violente e clandestine*», presupponendo dunque che alla cessazione del potere di fatto abbia contribuito il comportamento di un soggetto (proprietario o nuovo possessore) che si è impossessato del bene.

*ripristinare ad libitum*» il contatto materiale con la cosa<sup>61</sup> – oppure a spostare l'attenzione sulla volontà del possessore di abbandonare il bene, senza però definire gli indici del suo accertamento<sup>62</sup> (v. infra, par. 3.1.). Infatti, se preso alla lettera, l'accertamento del giudice circa la possibilità di riottenere la disponibilità della cosa, avendo ad oggetto una mera potenzialità, e quindi un dato non riscontrabile direttamente, finirebbe per tramutarsi in una incerta valutazione di tipo prospettico o (addirittura) probabilistico<sup>63</sup>, di certo non più agevole di quella che il giudice sarebbe chiamato a fare abbracciando una teoria attivistica del potere di fatto fondata sull'accertamento dell'inerzia dell'interessato (v. *supra*). Anzi, l'utilizzo di indici diversi dall'attività distoglie l'attenzione sul significato da attribuire agli atti in concreto realizzati dal possessore, con il rischio di considerare il possesso comunque conservato anche di fronte a manifestazioni di totale disinteresse verso il bene<sup>64</sup>.

Il risultato è quello di privilegiare sul piano casistico le ipotesi di perdita della situazione derivanti da fatti esterni, stante la loro più agevole accertabilità, con conseguenze di ordine pratico e teorico che meritano di essere analizzate. Se, infatti, come si è detto, questo consente di semplificare notevolmente l'accertamento della continuità del possesso<sup>65</sup>, d'altra parte, concentrare l'accertamento della virtuale disponibilità – e, quindi, del *corpus* – sulle condotte di appropriazione della *res* da parte di terzi soggetti, rappresenta un'operazione interpretativa in grado di condizionare notevolmente la natura e l'operatività dell'istituto.

Innanzitutto, se, una volta acquistato il possesso, la sua conservazione è fatta dipendere esclusivamente da eventi esterni, la stabilità

---

<sup>61</sup> Cfr. Cass. civ. 28 febbraio 2006, n. 4404, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 2; Cass. Civ. 15 luglio 1997, n. 6472; Cass. civ. 11 novembre 1997, n. 11119; Cass. civ. 19 aprile 1995, n. 4360, cit.; Cass. civ. 26 ottobre 1993, n. 10642.

<sup>62</sup> Decisivo per escludere la conservazione del possesso è la sussistenza dell'*animus derelinquendi*, vale a dire la volontà di dismettere il proprio possesso esteriorizzata con «chiari e inequivoci segni»; v. nt. n. 98 per la giurisprudenza.

<sup>63</sup> Pone l'accento sulla valutazione probabilistica per l'accertamento della potenzialità dell'ingerenza, A. MASI, *Possesso e detenzione*, cit., p. 104.

<sup>64</sup> In tal senso v. F. ALCARO, *Il possesso*, cit., p. 57, per cui «registrando e qualificando quale inerzia i momenti di naturale discontinuità dell'uso del bene (con la conseguenza di dover ricorrere alla teoria del "solo animo"), risulta poi inevitabilmente confusa la valutazione di quelle astensioni che invece potrebbero essere interpretate quali effettivi indici di una volontà di abbandono».

<sup>65</sup> In tal senso, si esprime l'analisi giuseconomica di Y. CHANG, *The economy of concept and possession*, cit., p. 117: «*my solution: adverse possessors do not lose possession until another party (be it the owner or a third party) takes actual contro*».

della signoria di fatto dipenderà non tanto dall'effettiva utilizzazione del bene ma piuttosto dal grado di effettiva "sicurezza" dell'ambiente circostante in cui la vicenda possessoria si realizza<sup>66</sup>, e quindi dalla frequenza con cui in un determinato contesto sociale si verificano eventi idonei a interrompere il pacifico godimento del bene. Nelle circostanze in cui il possessore sfrutta pacificamente il proprio bene senza l'interferenza di comportamenti o accadimenti esterni (neanche potenziali), un comportamento di assoluta inerzia rispetto al bene non potrà essere valutato in termini di dismissione del possesso posto che la virtuale capacità dell'interessato di disporre nuovamente del bene non è compromessa da fattori ulteriori rispetto al suo manifestato disinteresse.

Ma un tale risultato finisce per smentire la natura fattuale della situazione possessoria che in tanto assume rilevanza e produce effetti giuridici in quanto si manifesta in un esercizio effettivo e non potenziale di un'attività. In realtà, c'è chi ha sostenuto che una concezione attivistica e funzionale del comportamento del possessore non sia incompatibile con la potenzialità dell'ingerenza materiale, a patto che si chiarisca che quest'ultima non si ponga in discontinuità con l'attività ma anzi rappresenti un episodio interno alla sequenza comportamentale del possessore operoso<sup>67</sup>. Il rilievo coglie un aspetto essenziale della questione, vale a dire il superamento di una concezione fisicista di *corpus*. Tuttavia, è forse eccessivo concludere per una totale coincidenza tra i due criteri: se è vero che nei casi in cui il possessore esercita un'attività questo conserverà la virtuale disponibilità di compiere atti di

---

<sup>66</sup> Si confronti a titolo esemplificativo i tre casi di un immobile in pieno centro della città, di uno in periferia e di uno in aperta campagna. V. anche, R. CATERINA, R. SACCO, *Il possesso*, cit., p. 74: «quest'aspettativa del recupero può essere maggiore o minore a seconda del grado di civiltà o di organizzazione in una data società. I pubblici apparati di pubblicità, di controllo, ecc., possono rendere meno redditizio, o più pericoloso (e quindi meno probabile) l'acquisto del potere da parte di un terzo».

<sup>67</sup> In particolare, L. CABELLA PISU, *Il possesso*, cit., pp. 1290-1, la quale ritiene che «la distanza tra questa tesi, che vuole esaltare l'aspetto dell'attività positiva del possessore, e l'altra, che invece ritiene sufficiente un'attività potenziale, non è poi così grande come potrebbe apparire di primo acchito»; e ancora che la «possibilità di un'ingerenza esclusiva [...] si perde a seguito di un'inattività sistematica ed eccessivamente prolungata e si mantiene invece conservando l'effettivo controllo sulla cosa, tramite atti (anche distanziati nel tempo) di ingerenza materiale ma pure [...] di gestione o di organizzazione» a condizione che venga però osservato «il limite della corrispondenza all'esercizio di un diritto reale e del mantenimento del controllo effettivo sulla cosa». U. NATOLI, *Il possesso*, cit., pp. 37-8 ritiene la possibilità di ripristinare il contatto con la cosa non si ponga in contrasto con una visione elastica del concetto di *corpus* ma, al contrario, contribuisca a darne conferma.



materiale ingerenza sulla cosa, non sempre vale l'assunto contrario. Infatti, la virtuale disponibilità della cosa può essere un indice dell'attivismo del possessore ma, d'altra parte, non è di per sé sufficiente ad indicare se la condotta del possessore assuma una rilevanza tale da integrare il potere di fatto<sup>68</sup>.

In conclusione, l'impostazione giurisprudenziale si distanzia da una concezione attivistica del possesso in quelle pronunce<sup>69</sup> che escludono la perdita del possesso nonostante il possessore abbia in concreto tenuto un comportamento oggettivamente espressivo di un'inerzia rispetto al bene – non giustificato dalla destinazione d'uso e dalla natura del bene – sul presupposto che comunque questo potrà riottenere *ad libitum* il bene in quanto nessun evento che esuli dalla sua sfera d'azione impedisce il ripristino della disponibilità materiale<sup>70</sup>. Al di là dei singoli risultati pratici, che talvolta possono comunque convergere, quest'impostazione condiziona *in primis* il concetto stesso di potere di fatto che, in quanto tale, non dovrebbe essere completamente sovrapponibile ad una situazione dominicale, in cui la possibilità di utilizzare il bene è *a priori* garantita dalle prerogative di cui è titolare il proprietario a prescindere dall'effettività dell'utilizzo. Nella prospettiva teorica seguita, l'incompatibilità tra inerzia e attività richiede logicamente che a un comportamento inoperoso rispetto al bene consegua la perdita del possesso, a prescindere dall'intenzione e dalla possibilità di recuperare il bene: in ciò consiste la relazione di corrispondenza (e non d'identità) tra possesso e proprietà di cui all'art. 1140 c.c. (cfr. *supra* par. 2.) espressiva di un comportamento che acquista rilevanza e protezione giuridica solo a seguito della sua effettiva realizzazione. Il problema è allora

---

<sup>68</sup> Né questa carenza potrà essere colmata dalla sussistenza dell'*animus possidendi* (o *derelinquendi* a seconda che si voglia sostenere il mantenimento o la perdita della situazione) perché tale accertamento, come si dirà, non può che avere ad oggetto comunque indici esterni all'intima volontà del possessore (v. *infra* par. 3.).

<sup>69</sup> Tra le tante si veda Cass. civ. 04 giugno 1999, n. 5444, in *leggiditalia.it* per cui «*la mancanza di coltivazione di un fondo, disgiunta dall'acquisto del possesso di esso da parte di terzi, non può configurarne l'abbandono perché il possesso di un bene, in relazione alla sua natura economico-sociale, può continuare anche virtualmente, purché sia possibile ripristinare il rapporto materiale quando il possessore lo voglia*».

<sup>70</sup> V. Cass. civ. 04 giugno 1999, n. 5444, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 1260, in cui, facendo leva sulla dottrina della virtuale disponibilità, si è esclusa la perdita del possesso da parte del proprietario di un fondo sostenendo che «*la mancanza di coltivazione di un fondo, disgiunta dall'acquisto del possesso da parte di terzi [...] non può essere interpretata come abbandono del possesso del fondo, poiché si può possedere un fondo anche trascurandone la coltivazione, per mancanza di interesse o per altre ragioni*».

individuare un indice certo che consenta di determinare quando un certo grado di inattività sia sufficiente a ritenere oggettivamente opportuna la cessazione dei vari effetti del possesso e, in particolare, della perdita della tutela interinale.

Per far ciò, è necessario concentrarsi sull'utilizzo pratico che la giurisprudenza fa dell'*animus* nella vicenda di cessazione del possesso. La rilevanza dell'inerzia come contegno oggettivamente apprezzabile ai fini della perdita del possesso è oscurata nelle formulazioni giurisprudenziali anche dalla centralità attribuita all'elemento intenzionale. Infatti, nell'accertamento della dismissione del possesso per fatto proprio del possessore, la giurisprudenza, è solita far ricorso alle formulazioni soggettivistiche e dunque si affida al cd. *animus derelinquendi* piuttosto che all'accertamento di un'oggettiva inerzia (cfr. *infra*).

#### 4. Ruolo dell'*animus* nella distinzione tra possesso e detenzione

Le considerazioni che precedono meritano di essere completate chiarendo quale ruolo giochi l'elemento intenzionale, l'*animus*, ai fini dell'accertamento del potere di fatto. Il dibattito circa la sua rilevanza è talmente ricco di contributi da rendere non agevole, in questa sede, una sua esaustiva rilettura<sup>71</sup>. È dunque più opportuno concentrarsi sulle pronunce giurisprudenziali per poi avvalersi dell'elaborazione teorica della dottrina come strumento di analisi.

Nonostante la definizione codicistica non ne faccia alcun riferimento, la volontà del possessore è considerata per prassi giurisprudenziale costante un elemento costitutivo della fattispecie. Così, la sua importanza nell'operatività dell'istituto non attiene soltanto ai rapporti con la detenzione – nei quali svolge la funzione di «*colorire la situazione, determinandone il senso ed i limiti*»<sup>72</sup> –, ma risulta (almeno in apparenza) imprescindibile per «*considerare continuato il possesso pur in mancanza di concrete manifestazioni di esercizio*»<sup>73</sup>.

Le due sopraccitate funzioni che l'elemento volontaristico assolverebbe devono essere tenute distinte almeno a livello descrittivo, al

---

<sup>71</sup> Per una ricostruzione storica puntuale delle varie teorie sull'*animus possidendi* e dei relativi esponenti v. E. CARBONE, *Animus: elemento soggettivo e imputazione legale degli effetti. Riflessioni sull'attualità di una formula*, Jovene, Napoli, 2010, p. 153 ss.

<sup>72</sup> U. NATOLI, *Il possesso*, cit., p. 67.

<sup>73</sup> C. TENELLA SILLANI, *Possesso e detenzione*, pp. 8 ss.

fine di evitare fraintendimenti concettuali tra la fattispecie di possesso in sé considerata e la sua distinzione con la detenzione<sup>74</sup>. Infatti, un conto è affermare la capacità dell'*animus* di orientare un determinato comportamento in senso detentorio o possessorio (ex art. 1141 c.c.), un altro è dire che questo assuma rilevanza ai fini della conservazione della situazione, a prescindere dalla continuazione dell'altro elemento del binomio costituente la situazione possessoria<sup>75</sup>.

Rimandando per un attimo l'analisi della seconda questione (cfr. *infra* par. 3.1.), per adesso conviene limitare la riflessione a quali spazi operativi siano lasciati all'*animus* per determinare il carattere possessorio di un determinato comportamento di utilizzo della cosa una volta accertata l'attività nei termini sopra specificati (cfr. *supra* par. 2.2.). L'*animus* del potere di fatto, quale elemento della fattispecie possessoria, è definito dalla giurisprudenza «*l'intento di tenere la cosa come propria mediante l'attività corrispondente all'esercizio della proprietà, o di altro diritto reale, indipendentemente dall'effettiva esistenza del relativo diritto o della conoscenza del diritto altrui*»<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> Del resto, questa distinzione concettuale è ben espressa nelle formulazioni mutuata dalla tradizione romanistica, dove si distingue l'*animus rem sibi habendi*, che rappresenta l'elemento psicologico del potere di fatto, e come tale contribuisce ad individuare quando quest'ultimo deve ritenersi instaurato conservato o perso, dall'*animus domini*, che orienta e specifica il potere di fatto verso una signoria di tipo possessorio e non detentorio (per il quale si parla di *animus detinendi*). Per la sistematizzazione di questo impianto concettuale si veda ancora R. CATERINA, R. SACCO, *Il possesso*, cit., pp. 77 e 82. L'A. precisa, infatti, che «*quell'elemento psicologico, che implica la generica volontà di tenere la cosa sotto il proprio controllo, e che già conosciamo come un costituente del potere di fatto, viene così a specificarsi, nel possesso, come volontà di assoggettare la cosa come l'assoggetta il titolare di quel dato diritto reale. L'*animus rem sibi habendi* si specifica come *animus domini**».

<sup>75</sup> Sul punto v. F. ALCARO, *Il possesso*, cit., p. 34 che si domanda «*quale sia la portata e il ruolo dell'elemento soggettivo, se di puro contenuto psicologico dell'atto o invece di orientamento ed indirizzo di esso*».

<sup>76</sup> Cass. sez. II, 17 maggio 2003 n. 8422, in *Giust. civ. Mass.* 2003, 5; Cass. Sez. II, 9 febbraio 2006, n. 2857, in *Giust. civ. Mass.* 2006, 2; ne rappresenta una variazione stilistica la formula più risalente che definisce l'elemento soggettivo come «*l'intenzione del soggetto di comportarsi e farsi considerare come titolare del diritto reale cui il potere stesso corrisponde, rilevabile attraverso circostanze esterne o comportamenti univoci concretamente osservati dal soggetto*» (cfr. Cassazione civile, sez. II, 04 maggio 1990 n. 3716, in *Mass. Giur. It.*, 1990; Cass. Civ. 25 maggio 1987 n. 4698, in *Mass. Giur. It.*, 1987). La giurisprudenza non fa distinzioni tra la generica volontà di controllare la cosa e la volontà di orientare tale potere a immagine della proprietà ma offre una definizione unitaria dell'elemento psichico.

Dalla definizione sopra richiamata è possibile da subito approdare ad una prima facile conclusione. L'elemento intenzionale non coincide con il convincimento di essere titolare di un diritto reale né con l'ignoranza che il bene posseduto sia di proprietà altrui<sup>77</sup>. In questi casi, infatti, è la buona fede soggettiva del possesso ad assumere rilevanza come elemento aggiuntivo della fattispecie, in presenza del quale l'ordinamento fa discendere effetti giuridici ulteriori rispetto alla possibilità di esperire la tutela possessoria<sup>78</sup>. Il lemma *animus* allude dunque ad un intento dominativo della cosa che, da una parte, non coincide con l'erronea convinzione di essere l'effettivo proprietario ma, dall'altra, non si riduce ad un generico intento di escludere gli altri dall'uso della cosa<sup>79</sup>. Tra queste due accezioni risiederebbe il concetto di intenzione di "esercitare" un diritto reale, che però sconta una certa

---

<sup>77</sup> Cfr. U. NATOLI, *Il possesso*, cit., pp. 70-1. In giurisprudenza v. Cassazione civile, sez. II, 27 maggio 2010, n. 13002, *Guida al diritto*, 2010, 42, 81: «L'*animus rem sibi habendi non deve necessariamente consistere nella convinzione di esercitare un potere di fatto in quanto titolare del relativo diritto, essendo sufficiente che tale potere venga esercitato come se si fosse titolari del corrispondente diritto, indipendentemente dalla consapevolezza che invece questo appartiene ad altri*»; vedi anche Cass. Civ. 09 febbraio 2006, n. 2857; Cass. 26 aprile 2002 n. 6079; Cass. Civ. 5 settembre 1998 n. 8823; Cass. Civ. 30 giugno 1982, n. 3939.

<sup>78</sup> Il codice distingue tre gruppi di norme in cui rileva la buona fede del possessore (*Capo II, Degli effetti del possesso*): il primo (Sez. I, artt. 1148-1152 c.c.) attiene alla disciplina dei rapporti tra possessore e proprietario; il secondo disciplina gli effetti della buona fede su beni mobili (Sez. II, artt. 1153-1157 c.c.) ed il terzo che disciplina l'usucapione (Sez. III, artt. 1158-1167 c.c.). Da tutte le disposizioni richiamate emerge chiaramente la necessità di distinguere tra possesso in buona fede e quello di chi sa di non essere il titolare del diritto reale sul bene ai fini degli effetti. Un'equiparazione tra *animus* e buona fede avrebbe così l'effetto di oscurare questa distinzione in senso marcatamente contrario all'intenzione del legislatore; per una risalente pronuncia in tal senso v. Pret. Brindisi 3 giugno 1987.

<sup>79</sup> Invero, questa seconda accezione è diffusa e comunemente accolta nella tradizione anglosassone di Common Law in cui l'elemento intenzionale non assolve alla pretesa funzione di distinguere il possesso dalla detenzione. Cfr. O. W. HOLMES JR., *The Common Law*, American Bar Association, 2009, pp. 146-7: «*Such being the direct working of the law in the case of possession, one would think that the animus or intent most nearly parallel to its movement would be the intent of which we are in search. If what the law does is to exclude others from interfering with the object, it would seem that the intent which the law should require is an intent to exclude others. I believe that such an intent is all that the common law deems needful, and that on principle no more should be required*». Per un confronto tra tradizione germanica e di common law in chiave giuseconomica v. R. A. POSNER, *Savigny, Holmes, and the Law and Economics of Possession*, in *Virginia Law Review*, n. 86, 2000, pp. 535.

artificialità se calata nel contesto pratico, in quanto richiederebbe al soggetto interessato una consapevolezza del significato giuridico del proprio agire (tra situazione sorretta dal diritto reale corrispondente e situazione di fatto) che non sempre è propria di chi possiede. Inoltre, resta la difficoltà pratica di accertare uno stato psicologico, se non attraverso l'individuazione di elementi di esteriorizzazione da cui desumere la presenza dell'*animus possidendi*.

A questi rilievi – che hanno determinato una correzione, se non un superamento, delle teorie soggettive pure – ha fatto seguito l'ulteriore questione attinente al rapporto tra il comportamento e l'intenzione: in altri termini, se e in quale misura il semplice accertamento dell'elemento oggettivo consenta di far presumere la volontà e quali elementi parimenti esterni possano smentire tale presunta corrispondenza.

Invero, che il comportamento posto in essere dal possessore presupponga sempre un'intenzione è innegabile ma, al contempo, di scarsa utilità pratica. Il contributo del ripensamento in senso oggettivista dell'istituto possessorio non è tanto quello di negare l'esistenza di un'intenzione alla base dei comportamenti di utilizzo del bene, quanto piuttosto di precisare i termini della sua rilevanza a fini dell'individuazione della fattispecie e della produzione degli effetti giuridici conseguenti.

Ebbene, già nella fase di acquisto il contenuto dell'intenzione si riduce, per consolidata dottrina e giurisprudenza, a una generica volontà di assoggettare un bene al proprio controllo a prescindere dagli effetti giuridici che ne conseguono. Non si tratta dunque di “intenzione di possedere” intesa come volontà specificamente diretta a un determinato scopo (vale a dire la produzione dei relativi effetti giuridici). Tale conclusione appare necessitata dalla configurabilità del possesso dell'incapace di agire o del minore che impone di escludere il comportamento possessorio dall'alveo degli atti di natura negoziale. Ciò vale con riferimento al momento d'iniziale impossessamento del bene per cui la giurisprudenza<sup>80</sup>, sul solco di una riflessione dottrinarina ormai acquisita, ritiene sufficiente la mera capacità di intendere e di volere ai fini del suo

---

<sup>80</sup> Cass. Civ. 03 dicembre 2004 n. 22776, in *Rep. Foto it.*, 2004, *Possesso*, n. 13 per cui «per acquistare il possesso è sufficiente la capacità d'intendere e di volere (capacità naturale) della quale può essere dotato in concreto anche il minore di età»; Cass. Civ. 22 novembre 1986 n. 6878, in *Giust. civ. Mass.*, 1986, fasc. 11; Cass. Civ. 18 giugno 1986 n. 4072, in *Giust. Civ.*, 1986, I, pp. 2080 ss. con nota adesiva di A. DE CUPIS, *Usucapione occupazione*.

perfezionamento, indirizzando la rilevanza della volontà al semplice atto di *adprehensio*<sup>81</sup>.

Resta tuttavia da chiarire se l'*animus* per la giurisprudenza italiana continui ad essere un elemento autonomo e suscettibile di prova specifica, e come tale idoneo ad orientare il potere di fatto in termini di possesso o detenzione, oppure un mero riflesso psichico che «*accompagna passivamente il possesso*»<sup>82</sup>.

Più in particolare, laddove non si chiarisca quali siano gli indici di esteriorizzazione dell'intenzione che rilevino per il suo accertamento, l'*animus* rischierebbe di tradursi in una formula vuota in grado di consentire al giudice un'ampia discrezionalità nella qualificazione del possesso al momento dell'acquisto della disponibilità materiale. La questione non attiene soltanto a un problema definitorio ma riguarda soprattutto l'intensità e la distribuzione dell'onere probatorio nell'accertamento della situazione nel suo complesso<sup>83</sup>.

In questa prospettiva, meritano particolare attenzione quelle pronunce che chiariscono il rapporto tra attività e *animus* sul piano probatorio, fissando un meccanismo di accertamento che consente di presumere la presenza del secondo una volta accertata la prima<sup>84</sup>. Così, si è

---

<sup>81</sup> E ciò indipendentemente dal tipo di acquisto, a titolo originario o derivativo. Del resto, la tradizionale bipartizione dei modi di acquisto del possesso è considerata dalla dottrina maggioritaria impropria e a-tecnica. Il momento dell'impossessamento e dell'esercizio dell'attività espressiva del potere di fatto è considerato imprescindibile anche nelle forme di acquisto cd. a titolo derivativo le quali, dunque, si distinguerebbero da quelle originarie soltanto per la cooperazione del precedente possessore nell'impossessamento del nuovo (così F. ALCARO, *Il possesso*, cit., pp. 74 ss.). Peraltro, parlare di acquisto derivato del possesso suggerirebbe la possibilità della sua trasferibilità cosa che appare incompatibile con la sua natura fattuale (v. Cass. Civ. 27 settembre 1996, n. 8528, in *Dir. e giur. agr.*, 1998, p. 98; Cass. Civ., Sez. Un., 27 marzo 2008 n. 7930, in *Guida al diritto*, 2008, 19, p. 23 e in *Rass. Dir. Civ.*, 2010, 2, 531; Cass. Civ. 11 giugno 2014 n. 13222, in *DeJure Giuffrè*).

<sup>82</sup> E. CARBONE, *Animus: elemento soggettivo e imputazione legale degli effetti*, cit., p. 167.

<sup>83</sup> Osserva E. CARBONE (*ivi* p. 154) come le varie teorie dell'*animus* consentano un «osservazione unitaria del profilo materiale e dell'aspetto probatorio, quest'ultimo non meno decisivo dell'altro nell'analisi d'una relazione di fatto potenzialmente ambigua, qual è il rapporto esteriore tra soggetto e cosa designato dal termine corpus».

<sup>84</sup> Già parte della dottrina, anche in continuità con quanto precisato nella Relazione al Codice civile (v. nt. 6), aveva sostanzialmente tentato di sminuire la rilevanza *ex se* del dato intenzionale affermandone la sua totale conformità al comportamento esteriorizzato. Da ultimo v. E. ROPPO, *Istituzioni di diritto privato*, Monduzzi, Bologna 2001, p. 242: «in generale gli stati psicologici hanno rilevanza per il diritto solo in quanto si traducono in elementi oggettivi e percepibili all'esterno, dunque, comportamenti del soggetto».

affermato, in materia di usucapione, che l'elemento intenzionale «è normalmente insito nell'esercizio del potere di fatto attraverso il quale esso si manifesta e colui che esercita il potere di fatto sulla cosa si presume possessore»<sup>85</sup>. Si tratta di un indirizzo abbastanza costante, il quale, senza rinunciare in teoria al binomio *corpus* e *animus* quali elementi parimenti essenziali della fattispecie, in pratica supera le difficoltà probatorie dell'accertamento psichico valorizzando la sua naturale manifestazione esteriore.

La presunzione *iuris tantum* ha l'effetto di invertire l'onere probatorio in capo alla parte che nel processo afferma l'insussistenza della situazione di fatto (in genere il legittimo proprietario) alla quale è consentita la dimostrazione degli «atti di tolleranza (art. 1144 c.c.) o [dei] titoli che giustificano la mera detenzione del bene». La giurisprudenza in tal modo non si limita a fissare una presunzione di corrispondenza tra contegno psichico e comportamento attivo del possessore ma indica anche gli elementi fattuali idonei a provare l'assenza della situazione. Di fronte ad un'attività espressiva dell'esercizio di un potere di fatto, l'*animus possidendi* potrà risultare assente soltanto in presenza di un titolo, che ai sensi dell'art. 1141 c.c. qualifica il potere come detenzione<sup>86</sup> (sul punto si tornerà in maniera più approfondita in par. 4.1.) nonché per la tolleranza del proprietario, la quale, per espressa previsione normativa (art. 1144 c.c.) esclude non già l'*animus* ma la situazione possessoria nel suo complesso.

In altri termini, nonostante «un'ostinata fedeltà lessicale alla dottrina soggettivistica»<sup>87</sup>, il meccanismo presuntivo costruito dalla giurisprudenza per limitare gli inconvenienti «dell'inguaribile evanescenza» dell'*animus* sul piano probatorio, finisce per svalutarne al massimo l'operatività, in quanto la sua prova ha ad oggetto elementi (il titolo o il contegno

---

<sup>85</sup> Cass. Civ., 05 luglio 1999, n. 6944, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 1561; Cass. Civ., 13 dicembre 2001, n. 15755, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, p. 2148; Cass. Civ. 06 agosto 2004 n. 15145; Cass. Civ., sez. II, 04 aprile 2006, n. 7817, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, p. 4; Cass. Civ., Ordinanza, 27 settembre 2017, n. 22667, in *leggiditalia.it*; Trib. Trento, 29 maggio 2015, in *leggiditalia.it*; Trib. Salerno 01 giugno 2015, in *leggiditalia.it*; Trib. Brescia 02 febbraio 2018 n. 357, in *DeJure Giuffrè*.

<sup>86</sup> L. CABELLA PISU, *Possesso e presunzioni legali*, in *Contratto e impr.*, 2014, pp. 35, per cui nell'accertamento della natura possessoria o detentoria del potere di fatto, stante la presunzione di cui all'art. 1141, 1° co., c.c., «la prova liberatoria finisce con l'essere inevitabilmente la prova di un titolo che non fondi un diritto reale, e l'elemento soggettivo viene ritenuto implicito nel titolo stesso».

<sup>87</sup> E. CARBONE, *Presunzione legale di possesso e regola di giudizio per l'usucapione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2, 2012, pp. 295-8. V. anche S. PATTI, *Una nuova lettura degli articoli 1140 e seguenti c.c.*, in *Rivista di diritto civile*, 49, 2, 2003, pp. 149-166, in particolare pp. 155-6.

tollerante) che nulla hanno a che fare con l'intimo convincimento del possessore.

Questo percorso applicativo, che fa emergere il «*naturale – e inevitabile – logoramento se non addirittura un esaurimento*»<sup>88</sup> della teoria soggettivista, affida così all'analisi del contegno attivistico la qualificazione del potere in senso possessorio per poi attribuire all'eventuale presenza di un titolo di detenzione o alla tolleranza del proprietario il ruolo, sul piano probatorio, di elementi negativi della fattispecie. Si tratta di una tendenza giurisprudenziale che si afferma per la sua utilità pratica a fronte delle difficoltà più volte denunciate in dottrina di accertare un elemento psichico interiore del soggetto<sup>89</sup>, le cui conseguenze non si riducono al piano processuale o probatorio ma finiscono per condizionare la sostanza del fenomeno possessorio<sup>90</sup>, nel senso di escludere l'intenzione dagli elementi determinanti la qualificazione della situazione (possessione o detenzione).

Ciò nonostante, non si può sottacere la presenza di alcune sporadiche decisioni in controtendenza, le quali, talvolta attraverso un *obiter dictum*<sup>91</sup>, e in altri casi negando il possesso per la carenza di prova dell'intento (senza dunque avvalersi del meccanismo presuntivo)<sup>92</sup>, hanno

---

<sup>88</sup> F. ALCARO, *Il possesso*, cit., p. 34.

<sup>89</sup> L. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, cit., pp. 165 ss.; v. anche P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, IPSOA, Milano, 2000, pp. 444 ss. che definisce l'*animus* «un elemento di incerta natura psichica e spirituale» e conclude per l'inopportunità di concentrarsi su «*vaghi elementi fondati sulla ricerca delle segrete intenzioni del soggetto*».

<sup>90</sup> In tal senso si esprime L. CABELLA PISU, *Possesso e presunzioni legali*, in *Contratto e impr.*, 2014, pp. 31, quando afferma che la distribuzione dell'onere probatorio in tema di possesso «*rileva non solo sul piano processuale, ma anche e soprattutto su quello sostanziale. [...] una presunzione legale relativa come quella dell'art. 1141, comma 1°, c.c. [...] che può essere vinta solo fornendo una prova precisamente delimitata [...] svolge un ruolo centrale nella determinazione della natura del possesso e della sua distinzione dalla detenzione*».

<sup>91</sup> Si veda Cass. Civ. 05 aprile 2011 n. 7757, in *Foro it.*, 2011, 10, I, p. 2761 che, pur riconoscendo in via presuntiva la sussistenza dell'*animus possidendi*, ha precisato in motivazione che il riconoscimento dell'altrui diritto «*avrebbe potuto far escludere l'animus possidendi, soltanto se fosse stato accompagnato dalla manifestazione della volontà di attribuire la disponibilità del bene all'ente [i.e. proprietario della cosa]*». Si consentirebbe in tal modo che, nonostante l'accertata attività sulla cosa, il possesso sia escluso a seguito di una dichiarazione di «volontà di attribuire la disponibilità del bene» al proprietario a prescindere dalla prova del titolo o della tolleranza.

<sup>92</sup> Cass. Civ. 26 aprile 2011, n. 9325, *Giur. It.*, 2012, 2, 295, con nota contraria di E. CARBONE, ult. op. cit., in cui il giudice ha escluso il possesso per carenza di *animus* in base alle risultanze testimoniali senza, di contro, richiedere alla controparte né la prova del titolo né la tolleranza del proprietario; differentemente, in C. App., Reggio



disatteso l'indirizzo oggettivista attribuendo autonoma rilevanza all'elemento soggettivo. Tali pronunce, è bene chiarirlo, non si limitano ad assegnare alla volontà un ruolo meramente ancillare rispetto al *corpus* – prospettato in dottrina per quei rari casi in cui l'effettività del contegno risulti in assoluto ambigua oppure quando questo non riesca ad indicare chiaramente il tipo di diritto reale esercitato (proprietà o altro diritto reale minore)<sup>93</sup> – ma finiscono per contraddire la presunzione di corrispondenza dell'*animus* all'attività. Si tratta però di casi isolati, che risentono della tradizionale concezione bipolare della situazione possessoria, ma che non sono tali da smentire la tendenza messa in luce dalla dottrina.

#### 4.1. (segue) *animus* e dismissione del possesso

Chiarita l'effettiva rilevanza dell'*animus* nell'accertamento del carattere possessorio dell'attività sulla cosa, non resta che approfondire l'indagine di come l'impostazione soggettivista influenzi il momento di perdita della situazione a seguito dall'inerzia del possessore. Già si è accennato alle criticità che emergono dalla costruzione teorica che ammette la conservazione *solo animo* della situazione di possesso e dalle difficoltà di una visione del *corpus* come virtuale disponibilità della *res*. Ma queste riflessioni vanno completate concentrando l'attenzione sulla perdita del possesso per fatto proprio del possessore e sugli elementi che la determinano. Infatti, l'impostazione teorica che nega la configurabilità di un possesso inoperoso risulterebbe contraddetta da risultati applicativi che subordinino la perdita del possesso all'accertamento dell'*animus derelinquendi* a discapito dell'effettiva cessazione dell'esercizio del potere di fatto. Al contrario, le formulazioni soggettiviste sarebbero notevolmente ridimensionate qualora la giurisprudenza facesse corrispondere all'accertamento della volontà di abbandonare il bene un'indagine che in definitiva si concentra sugli elementi esteriori di questo contegno psichico.

---

Calabria, 20 febbraio 2018, in *leggiditalia.it*, all'accertamento di un titolo di detenzione si è aggiunto, in chiave integrativa e confermativa, l'accertamento dell'assenza di *animus* (desunta da una testimonianza che riportava una dichiarazione del possessore al proprietario di questo tenore "...qui è tutto tuo e quando vuoi venire è sempre roba tua...").

<sup>93</sup> Cfr. F. DE MARTINO, *Del possesso. Art. 1140-1172*, cit., p. 2; A. NATUCCI, *Titolo e «animus» nella disciplina del possesso*, *Quadrimestre*, 1989, pp. 462 ss.

Prima di indagare quali indici valgono ad accertare l'*animus derelinquendi*, è opportuno domandarsi se la rilevanza della volontà in sé considerata sia tale da ammettere la validità di un negozio di rinuncia del possesso a prescindere dalla continuazione dell'esercizio del potere di fatto sul bene<sup>94</sup>.

Parte della dottrina<sup>95</sup> ha manifestato non pochi dubbi circa la configurabilità di un negozio unilaterale di rinuncia del possesso non accompagnato dall'abbandono materiale della cosa e, dunque, dalla cessazione di un'attività possessoria sul bene. Ora, essendo la rinuncia un atto negoziale di natura dispositiva, la questione si pone all'interno del più generale problema della trasferibilità della mera situazione di possesso: come ha chiarito a suo tempo autorevole dottrina<sup>96</sup> – e

---

<sup>94</sup> La dottrina soggettivista distingue addirittura le cause distinte di perdita del possesso per fatto del possessore a seconda dell'elemento che viene meno (*corpus* o *animus*): la derelizione, dunque, sarebbe «*la volontaria dismissione del potere di fatto sulla cosa*» mentre la rinuncia è la «*manifestazione di volontà di non aver più il potere di fatto*» (R. CATERINA, R. SACCO, *Il possesso*, cit., p. 229). *Contra* U. NATOLI, *Il possesso*, cit., p.116, secondo cui la perdita del possesso deriverebbe dalla contestuale cessazione di *corpus* e *animus*.

<sup>95</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile. 6. La proprietà*, cit., pp. 757-8 secondo cui, a parte l'ipotesi di costituito possessorio in cui è il mutamento del titolo a far perdere il possesso, nelle altre ipotesi di perdita per fatto volontario del possessore «*rileva l'obiettiva situazione di disponibilità di fatto della cosa a prescindere dall'intenzione del soggetto: il quale può anche ignorare o aver dimenticato l'esistenza di essa*»; anche R. OMODEI SALE', *Detenzione (diritto privato)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 362, per cui la rinuncia è incompatibile non solo con «*la natura fattuale propria del possesso*» ma «*anche con la norma di cui all'art. 1141 comma 1 c.c., che presume pur sempre il possesso in capo a chi esercita il potere di fatto, e che lascia, quindi, intendere come il venire meno del possesso medesimo debba intendersi conseguire, piuttosto, alla perdita della disponibilità materiale della res [...] oppure ad un mutamento del titolo sottostante al potere di fatto*». A queste considerazioni più teoriche, si aggiungono perplessità di ordine pratico: dalla «*possibilità che il possesso si perda per una mera dichiarazione di rinuncia e si riacquisti con un mero mutamento di animus*» conseguirebbero problemi di accertamento della realtà fattuale (L. CABELLA PISU, *Il possesso*, cit., pp. 1341-3).

<sup>96</sup> Cfr. L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Giuffrè, Milano, 1975, per cui «*ciò che si trasferisce è solo l'oggetto del possesso, il quale, invece, non si compra e non si vende, non si cede e non si riceve per effetto di un negozio*»; v. anche F. ALCARO, *Il possesso*, cit., pp. 145-6: «*il possesso, per la sua natura di potere esplicantesi in un'attività, esprime sempre, in senso giuridico, una vicenda nuova rispetto al soggetto che lo esercita, non potendosi "trasmettere" un comportamento: né la consegna della cosa da parte del precedente possessore è significativa in quel senso, costituendo essa solo il presupposto dell'apprensione e quindi dell'autonoma iniziativa del soggetto possessore, e non già il "trasferimento del possesso"*».

confermato la giurisprudenza di massimo grado<sup>97</sup> – il concetto stesso di possesso come situazione di fatto – e, quindi, come effettivo esercizio di un'attività – è logicamente incompatibile con la possibilità di ammettere una autonoma circolazione del possesso.

Ora, l'impossibilità di concepire una rinuncia al possesso non consente però di concludere per un'assoluta irrilevanza dell'intenzione nella vicenda dismissiva del possesso. La cessazione volontaria del potere di fatto sulla cosa, infatti, per costante giurisprudenza dipende dall'accertamento in capo al possessore del cd. *animus derelinquendi*, che deve essere manifestato con «*chiari e inequivoci segni*»<sup>98</sup>. Si ripropone così il problema dell'accertamento dell'intima volontà (stavolta dismissiva del possesso) che inevitabilmente ricade sull'elemento oggettivo della fattispecie. La giurisprudenza maggioritaria è condizionata anche in questo aspetto dall'impostazione teorica che pone l'accento sulla possibilità di ripristinare il contatto materiale con la *res* (cfr. *supra* par. 2.3.) e, dunque, rintraccia la *manifestazione inequivoca* dell'intento dismissivo nella assenza di un comportamento volto a ripristinare tale disponibilità a seguito di un evento (anche temporaneamente) interruttivo del suo potere di fatto. Il progressivo esaurimento di un'indagine diretta sull'*intentio* finisce per appiattire anche l'elemento dell'*animus derelinquendi* sul corrispondente elemento oggettivo il quale, come si è visto, ha mantenuto una costruzione in linea con le dottrine soggettiviste. Così, i *chiari e inequivoci segni* di manifestazione dell'animo di abbandonare la *res*

---

<sup>97</sup> In generale sull'invalidità per impossibilità dell'oggetto dei negozi traslativi del mero possesso, v. Cass. Civ., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 7930, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 2, p. 531; Cass. Civ. 27 settembre 1996, n. 8528, in *Dir. e giur. agr.*, 1998, p. 98; Cass. Civ. 12 novembre 1996, n. 9884, in *Riv. notariato*, 5, 1998, p. 995. In particolare, anche rispetto alla rinuncia, a dispetto delle qualificazioni formali, non è possibile riscontrare in giurisprudenza ipotesi di vera e propria rinuncia unilaterale che non fosse accompagnata dalla cessazione dell'attività possessoria sul bene. Lo evidenzia L. CABELLA PISU, ult op. loc. cit., la quale rileva come in alcuni casi è stata qualificata come rinuncia quella che a ben guardare è un'acquiescenza allo spoglio (Cass. Civ. 28 novembre 1992, n. 12779, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, 11) oppure un abbandono materiale del fondo (Cass. 7 gennaio 1992, n. 39, *Giur. It.*, 1992, 1, 1, 1928). Ancora, sulla sovrapposibilità dei concetti di rinuncia implicita e dismissione materiale del possesso, v. F. ALCARO, *Il possesso*, cit., p. 151.

<sup>98</sup> Cass. Civ. 07 febbraio 2017 n. 3133, in *Diritto & Giustizia*, 24, 2017, p. 7; Cass. Civ. 28 marzo 2007 n. 7579, in *Guida al diritto*, 2007, 27, p. 52 e in *Riv. Giur. Sarda*, 2008, 2, pp. 278 ss. con nota di Cicero C., *Note in tema di configurabilità e di tutela del possesso "inoperoso"*; Cass. Civ. 06 maggio 2005 n. 9396, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 9; Cass. Civ. 29 agosto 1998 n. 8612, in *Giust. civ. Mass.* 1998, 1810; Cass. Civ. 16 novembre 1984 n. 5825, in *Giust. civ. Mass.*, 1984, 11.

vanno inevitabilmente a coincidere con la perdita della possibilità di riottenere il *corpus* (inteso come disponibilità materiale della cosa).

In questo modo, però, il rapporto tra *animus* e *corpus* finisce per svuotare di operatività tale riferimento, in quanto fa coincidere la manifestazione del primo con il secondo, che però a sua volta – se inteso come virtuale disponibilità – ha bisogno di circostanze esterne positivamente riscontrabili per poter essere accertato. Diversamente da quanto accade nell'accertamento dell'elemento intenzionale che serve a distinguere il possesso dalla detenzione, in questa ipotesi non è possibile giovare di un analogo meccanismo che faccia presumere la volontà di *derelinquere* da un certo comportamento in sé considerato. Un tale circolo vizioso finisce per lasciare la perdita del possesso per fatto proprio del possessore sprovvista di efficaci indici di accertamento e, quindi, per aumentare la discrezionalità del giudice e l'incertezza delle parti.

## 5. Detenzione. Coincidenza del *corpus*

Com'è noto, diversamente da quanto accade con il possesso, l'istituto della detenzione è sprovvisto di una definizione codicistica e, di conseguenza, non è agevole per l'interprete stabilire quali siano gli elementi della fattispecie che valgono a distinguere i due istituti. Le poche norme che fanno riferimento alla detenzione nel Titolo VIII del Libro III – artt. 1140, 2° co., 1141 e 1168, 2° co. c.c. – si limitano a disciplinare alcuni aspetti operativi della situazione, in particolare nei suoi rapporti con il possesso (per il mutamento della detenzione in possesso e l'estensione della tutela possessoria ad alcune ipotesi di detenzione). Né è possibile rintracciare definizioni univoche di detenzione in altre parti del codice<sup>99</sup>. Tale omissione è apparsa «*sorprendente*»<sup>100</sup> per chi ha rilevato l'importanza sistematica dell'istituto sotto un duplice aspetto: da una parte, perché rappresenta uno strumento di eventuale esercizio indiretto del possesso; dall'altra, in quanto assume un'auto-noma rilevanza come situazione a sé stante che gode di una protezione più limitata di quella del possessore (il quale, ad esempio, potrà usucapire e avvalersi dell'azione di manutenzione contro le molestie altrui)

---

<sup>99</sup> Per una disamina dei termini possesso e detenzione al di fuori del Titolo VIII e nell'intera legislazione italiana v. R. CATERINA, R. SACCO, *Il possesso*, cit., pp. 59 ss.

<sup>100</sup> Pone l'accento su questa duplice funzione dell'istituto, G. LIOTTA, *Situazioni di fatto e tutela della detenzione*, cit., p. 24.

ma che, in certe condizioni, consente all'interessato di difendere la propria posizione non soltanto dalle ingerenze dei terzi ma anche da quelle dello stesso possessore mediato (l'art. 1168, 2° co., c.c.).

A questa duplicità di funzioni si aggiunge un utilizzo ambivalente del termine nelle varie disposizioni che ne fanno riferimento: talvolta, come sinonimo di *corpus*, di mera disponibilità materiale della *res*, talvolta come situazione che convive con il possesso dando vita ad un potere sul bene distinto. Per superare l'*impasse*, parte della dottrina ha suggerito un approccio polisemico del termine a seconda della disposizione presa in esame<sup>101</sup>: così, mentre il lemma "detenzione" di cui all'art. 1140, 2° co., c.c. esprimerebbe «un significato generico quale sinonimo di mera disponibilità materiale poiché soltanto in tal senso la stessa appare ascrivibile anche al soggetto che possiede direttamente la propria *res*», diversamente, quello contenuto negli artt. 1141 e 1168 c.c. «si caratterizza per una connotazione specifica, indicando una fattispecie possessoria autonoma e distinta» perché «chiaramente contrapposta al possesso»<sup>102</sup>.

Al di là delle scelte terminologiche del legislatore, l'impiego della locuzione "detenzione" per concetti giuridici distinti pone incertezze di natura strutturale, in ordine alla totale coincidenza dell'elemento materiale nel possesso e nella detenzione. Ciò appare evidente qualora si consideri il fenomeno della detenzione in relazione alla posizione del possessore mediato: il tenore dell'art. 1140, 2° co., c.c. suggerisce infatti che il medesimo potere di fatto sia esercitato dal detentore in luogo (o in sostituzione) del possessore. Così, concepire il *corpus* come un elemento costante nelle situazioni di fatto porta a concludere per una totale perdita dello stesso da parte del possessore e alla conseguente conservazione *solo animo* della sua situazione. Ma argomentando in questo senso si dovrebbe concludere col rompere l'unità strutturale del possesso stesso, distinguendo a seconda che questo sia diretto o mediato ed escludendo nel secondo caso il *corpus* tra gli elementi costitutivi. Invero, l'identità del *corpus possessionis* in possesso e detenzione fa da *pendant* a un'impostazione soggettivistica degli istituti in esame, che affida

---

<sup>101</sup> Già A. MONTEL, *Il possesso*, cit., p. 50 evidenzia questa duplicità di significati del termine detenzione; più di recente L. CABELLA PISU, *Il possesso*, cit., pp. 1310-1.

<sup>102</sup> R. OMODEI SALÈ, *Detenzione (diritto privato)*, cit., pp. 360-1; in tal senso anche C. M. BIANCA, *Diritto civile. 6: La proprietà*, cit., p. 725.

all'*animus* la funzione vivificatrice e discriminatrice dell'elemento materiale<sup>103</sup>.

In realtà, parte della dottrina<sup>104</sup> ha contestato che dalla formulazione dell'articolo 1140, 2° co., c.c. possa desumersi in modo univoco che il potere esercitato dal detentore sia per natura e contenuto identico a quello del possessore diretto. La disposizione, infatti, non può che essere letta alla luce del successivo art. 1141 c.c. che instaura il meccanismo presuntivo in favore del possesso non già in relazione all'elemento intenzionale ma al potere di fatto nel suo complesso e così facendo pone una netta distinzione qualitativa tra il potere di fatto nel possesso, che si manifesta in un'attività (nel senso sopra precisato cfr. par. 2.2.) e quello della detenzione che invece si basa su un titolo. Si è già accennato come anche la giurisprudenza, a dispetto di antiche formule soggettiviste, affidi al titolo la funzione di elemento di discriminare tra possesso e detenzione. Sul punto si tornerà a breve (cfr. *infra* par. seguente) per precisare a cosa il legislatore alluda quando parla di titolo e come questo influenzi la natura stessa del potere del detentore.

Innanzitutto, risulta opportuno richiamare quella dottrina secondo la quale è sufficiente il comportamento dell'interessato per individuare la detenzione, in ragione della sua corrispondenza (questa volta) all'esercizio di un diritto personale di godimento o ad un'obbligazione<sup>105</sup>, senza dover guardare all'intenzione del detentore. In questo

---

<sup>103</sup> La tesi dell'identità del *corpus* in possesso e detenzione è peraltro avvalorata dalla lettura dell'art. 1141, 1° co., c.c. che nel disciplinare la presunzione di possesso sembra riferire il medesimo potere di fatto ad entrambe le situazioni. Così, il rapporto possesso-detenzione si avvicina a quello costruito dal Codice civile del 1985 in cui il possesso era definito come «*la detenzione di una cosa o il godimento di un diritto, che uno ha o per sé stesso, o per mezzo di un altro il quale detenga la cosa od eserciti il diritto in nome di lui*» (art. 685); cfr. R. CATERINA, R. SACCO, *Il possesso*, op. ult. cit., p. 58.

<sup>104</sup> S. PATI, *Possesso. Artt. 1140 - 1157*, in A. JANNARELLI, F. MACARIO (a cura di), *Commentario del Codice civile. Della proprietà. Artt. 1100-1172*, diretto da E. GABRIELLI, UTET Giuridica, Torino, 2013, p. 562.

<sup>105</sup> F. DE MARTINO, *Del possesso. Art. 1140-1172*, cit., p. 2; E. ROPPO, *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 242: «*per sapere se un soggetto possiede o detiene, non si ricorre all'introspezione psicologica, ma all'analisi dei comportamenti*»; G. LIOTTA, *Situazioni di fatto e tutela della detenzione*, cit., p. 2 che rileva come il codice individui l'essenza della distinzione tra possesso e detenzione «*più in elementi oggettivi, cioè la condotta uti dominus, che in elementi soggettivi, cioè l'animus domini*»; più originale la posizione di P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, 4° ed., Jovene, Napoli, 1982, p. 536 che sostiene che «*la qualifica del potere di fatto come detenzione o, invece, come possesso dipende, più frequentemente, dal modo in cui i singoli rapporti sono stati configurati nella realtà sociale; deriva cioè da ragioni storiche interne al sistema piuttosto che da vaghi elementi fondati sulla segreta intenzione delle parti*». Anche C.

modo, sviluppando il parallelismo tra il possesso e la detenzione, nel primo l'interessato si comporterebbe come un titolare di diritti reali mentre nella seconda come parte di un rapporto obbligatorio: la situazione sarebbe così riconoscibile individuando il tipo di facoltà manifestata dal soggetto con il suo comportamento. Ciò che interessa sottolineare, in questa sede, non è tanto la teoria brevemente richiamata quanto le critiche che gli sono state mosse. Ciò al fine di chiarire cosa debba intendersi in concreto quando si afferma che il *corpus* nel possesso e nella detenzione non coincidono.

A destare perplessità è la difficoltà in concreto di discernere un comportamento espressivo di una attività corrispondente ad un diritto personale di godimento. Infatti, stante il contenuto estremamente ampio del diritto di proprietà, non sarà possibile distinguere con facilità un contegno tipicamente espressivo dell'attuazione di un rapporto obbligatorio<sup>106</sup>. Il comportamento, dunque, nella detenzione è un dato da cui non è possibile prescindere al pari di quanto può dirsi per il possesso ma che, allo stesso tempo, non è idoneo di per sé a qualificare il *corpus* in senso detentivo, in quanto questa, salvo rari casi, potrà essere riassorbita all'interno delle facoltà dominicali e, quindi, esprimere al tempo stesso un potere di fatto *ad immagine* della proprietà<sup>107</sup>.

Ora, quando si afferma che il potere di fatto non è un elemento comune a possesso e detenzione, non ci si sta ponendo in una prospettiva squisitamente materiale: al contrario, è ben possibile che determinati atteggiamenti del detentore appaiano all'occhio esterno simili a quelli del proprietario (o titolare di un diritto reale minore)<sup>108</sup>. Ma il

---

M. BIANCA, *Diritto civile. 6: La proprietà*, cit., p. 731 fa dipendere la distinzione dal «diverso significato sociale che assume la disponibilità di fatto della cosa».

<sup>106</sup> R. OMODEI SALÈ, *Detenzione (diritto privato)*, cit., p. 363; S. PATTI, *Possesso. Artt. 1140 - 1157*, cit., pp. 565-7.

<sup>107</sup> A. FEDELE, *Nozioni generali sulla fattispecie del possesso*, cit., p. 155; anche R. OMODEI SALÈ, *La detenzione e le detenzioni*, cit., pp. 53-5, in particolare quando si afferma che «se è pur vero che, considerando le figure normative astratte, potrebbero forse individuarsi comportamenti caratteristici del contenuto di un determinato diritto, reale o personale [...], non è comunque detto che siffatti comportamenti "qualificanti" [...] vengano, poi concretamente posti in essere dal soggetto del potere di fatto sulla res».

<sup>108</sup> Il fatto che determinati atteggiamenti del detentore siano all'occhio esterno indistinguibili rispetto a quelli assunti dal proprietario manifesta ancora una volta l'inadeguatezza del concetto di *corpus possessionis*, laddove questo venga concepito su un piano squisitamente naturalistico. È chiaro, infatti, che l'utilizzo che un locatore fa del bene non sarà sempre distinguibile da quello che dello stesso possa fare un proprietario,

fatto che i comportamenti possano per così dire “assomigliarsi” non basta a concludere per una coincidenza dei rispettivi poteri di fatto sul piano giuridico. Se così fosse si finirebbe per confondere un problema di accertamento della situazione di fatto in presenza di determinati comportamenti con il suo contenuto giuridico, inteso nella sua astrattezza. Questa difficoltà pratica permette di spiegare, semmai, la scelta legislativa di instaurare un meccanismo presuntivo in favore del possesso e di subordinare l'accertamento della detenzione alla presenza di un titolo (art. 1141, 2° co., c.c.) ma non porta anche a concludere per l'assoluta coincidenza delle attività di possessore e detentore.

L'impossibilità di concepire un elemento comune alle due situazioni deriva, invero, dal loro differente contenuto che, in un caso, – il possesso – consiste in un'attività corrispondente all'esercizio di facoltà dominicali mentre, nell'altro, – la detenzione – si manifesta nell'attuazione di un rapporto obbligatorio (comprensivo di reciproci diritti e doveri tra le parti) e, quindi, non è orientato al perseguimento di un interesse dominicale. Solo, così, del resto è possibile spiegare la convivenza del potere di fatto del possessore mediato con l'attività del detentore, senza dover ricorrere alle costruzioni teoriche che si è avuto modo in precedenza di sottoporre a vaglio critico (cfr. in particolare *supra* par. 2.2.).

## 5.1. Rilevanza del titolo nella distinzione tra possesso e detenzione

Per indagare il ruolo giocato dal titolo nella qualificazione della situazione di detenzione è opportuno, come di consueto, prendere le mosse dalle indicazioni normative e, in particolare, dalla disposizione che disciplina il mutamento della detenzione in possesso, l'art. 1141 del Codice civile.

Già sotto un profilo di stretta esegesi della disposizione, la dottrina ha evidenziato come il termine *titolo* non sia riferibile esclusivamente alla situazione detentoria. Ciò ha contribuito ad acuire le incertezze circa il ruolo del titolo come necessario fondamento della detenzione (e non anche del possesso). In realtà, dalla lettura complessiva delle disposizioni di cui al Titolo VIII emerge chiaramente che talvolta

---

ma ciò non vuol dire che, sul piano giuridico, atti apparentemente simili siano orientati al perseguimento di interessi diversi.



il termine sia riferito al possesso, come accade negli artt. 1143 e 1164 c.c., e tal altra, come nell'articolo sopracitato, alla detenzione, giocando qui il ruolo di elemento alla presenza del quale la disponibilità materiale della cosa acquista un "colore" diverso dal possesso, venendo meno la presunzione *iuris tantum* di corrispondenza del comportamento all'esercizio del possesso<sup>109</sup>.

Ora, che l'individuazione della detenzione sia affidata a un titolo – negoziale, legale, giudiziale o amministrativo<sup>110</sup> – costitutivo di una situazione obbligatoria – sia essa di vantaggio (un diritto personale di godimento) o di svantaggio (un obbligo) – è opinione ormai maggioritaria in dottrina<sup>111</sup>. Del resto, è il diritto positivo ad esprimersi chiaramente circa la necessità di legare l'accertamento della detenzione al relativo titolo, senza mai far cenno all'intenzione come criterio discrezionale (art. 1141, 2° co, c.c.). Anche la giurisprudenza, nonostante alcune sovrapposizioni terminologiche con il lessico soggettivista, conferma quest'impostazione, attribuendo primaria rilevanza alla *convenzione* che dà vita al potere di fatto sulla cosa. Se, infatti, non si può negare il costante riferimento alla categoria dell'*animus possidendi* o *detinendi* da parte della giurisprudenza, al contempo il suo contenuto viene totalmente subordinato al tipo di contratto che dà vita al potere di fatto, risultando

---

<sup>109</sup> Sulla possibilità di riferire alternativamente il titolo sia al possesso che alla detenzione a seconda della disposizione presa in esame, v. S. PATTI, *Possesso. Artt. 1140 - 1157*, cit., pp. 564-5; ID., *Una nuova lettura degli articoli 1140 e seguenti c.c.*, cit., pp. 155-6; contra R. SACCO, *Circolazione del possesso*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, Aggiornamento, V, 2010, pp. 241. che ritiene che titolo potrebbe leggersi anche come «titolo del suo possesso» e non solo come «titolo idoneo a costituire un rapporto obbligatorio». In tal modo sia il possesso che la detenzione potrebbero, solo eventualmente, essere sorrette da un titolo, senza che ciò valga di per sé a incidere sull'esistenza di entrambe le situazioni.

<sup>110</sup> Approfondisce il tema della natura non solo negoziale del titolo fondativo della detenzione, R. OMODEI SALÈ, *Detenzione (diritto privato)*, cit., pp. 368 ss.; v. anche G. LIOTTA, *Detenzione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1988, pp. 1 ss.

<sup>111</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile. 6: La proprietà*, cit., p. 725; U. NATOLI, *Il possesso*, cit., pp. 45 ss. e 67 ss.; C. A. FUNAIOLI, *L'«animus» nel possesso e il dogma della volontà*, cit., p. 27; A. MASI, *Possesso e detenzione*, cit., p. 107; G. LIOTTA, *Situazioni di fatto e tutela della detenzione*, cit., pp. 37 ss.; F. ALCARO, *Il possesso*, cit., pp. 32, 41 ss., 48 ss., 77 ss.; S. PATTI, *Una nuova lettura degli articoli 1140 e seguenti c.c.*, cit., pp. 155 ss. e 159 s.; ID., *Possesso e prescrizione. Le nuove problematiche*, CEDAM, Padova 2011, pp. 21 ss.; C. ARGIROFFI, *La proprietà, i possessi, la detenzione*, in P. CERAMI, M. SERIO (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica*, II, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 284 ss.; L. CABELLA PISU, *Il possesso*, cit., 1313 s.; R. OMODEI SALÈ, *La detenzione e le detenzioni*, cit., pp. 56 ss.

indispensabile accertare se questa «*si concreti in un contratto ad effetti reali o in un contratto ad effetti obbligatori*»<sup>112</sup>. In tal modo la questione, più che venire risolta con un superamento della concezione soggettivista, viene aggirata attraverso una (discutibile) identificazione dell'intento *detinendi* al titolo.

Ma in tal modo si è mantenuta l'ambiguità, che ha alimentato in dottrina la discussione circa il rapporto che intercorre tra titolo e *animus* e, in particolare, se il secondo sia idoneo, una volta accertato, a sovertere la qualificazione che dovrebbe derivare dal primo. Si tratta in sostanza di chiarire se l'intento resti completamente assorbito dal titolo oppure se abbia una sua autonoma rilevanza, andando a smentirne il contenuto.

Quest'ultima soluzione è stata avanzata da parte della dottrina la quale, pur ammettendo che titolo e *intentio* normalmente coincidano, ha altresì precisato come sarebbe quest'ultimo ad avere diretta rilevanza, mentre il primo svolgerebbe una funzione meramente integrativa, di specificazione nei casi in cui la condotta sia in concreto enigmatica<sup>113</sup>. Tuttavia, seguendo quest'ordine di ragionamento si dovrebbe concludere che l'accertamento di un *animus* divergente dal titolo sia in grado di sovertere la qualificazione derivante da quest'ultimo. Simile risultato

---

<sup>112</sup> L'indirizzo consolidato che conferma la tesi in esame è quello secondo cui «*per stabilire se, in conseguenza di una convenzione con la quale un soggetto riceva da un altro il godimento di un immobile, si abbia un possesso idoneo all'usucapione, ovvero una mera detenzione, occorre far riferimento all'elemento psicologico del soggetto stesso e, a tal fine, è indispensabile stabilire se la convenzione si concreti in un contratto ad effetti reali o in un contratto ad effetti obbligatori, in quanto solo nel primo caso il contratto è idoneo a determinare, nel soggetto investito del relativo diritto, l'animus possidendi; mentre nella seconda ipotesi, nella quale si attua unicamente l'attribuzione di un diritto di credito, può riconoscersi all'accipiens solo un animus detinendi*» (tra le più recenti v. Cass. Civ. 29 gennaio 1998 n. 883, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, p. 183; Cass. Civ. 30 maggio 2000, n. 7142, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 698, annotata da G.G. PETTARIN, G. CACCIAGUERRA, *Problemi in tema di diritto del fallito all'abitazione*; Cass. Civ. 06 agosto 2004 n. 15145, in *Riv. giur. edilizia*, 2005, I, 451 con nota di M. DE TILLA, *Presupposti per il possesso utile ai fini usucapione. Ripartizione dell'onere della prova*; Cass. Civ. 14 marzo 2006 n. 5484, in *leggiditalia.it*; Cass. Civ. 11 giugno 2010 n. 14092, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 6, p. 899; Cass. civ. 08 giugno 2017, n. 14272). Lo rileva già G. LIOTTA, *Situazioni di fatto e tutela della detenzione*, cit., p. 40; prendono atto del favore giurisprudenziale verso il titolo anche i principali sostenitori della tesi soggettivista, R. CATERINA, R. SACCO, *Il possesso*, cit., p. 168.

<sup>113</sup> R. CATERINA, R. SACCO, ult. op. cit., p. 87: «*non sembra possibile sbarazzarsi del riferimento a stati intenzionali del possessore. Si potrà poi [...] rilevare che spesso è il titolo a illuminare e circoscrivere l'intento, consentendo di leggere una condotta altrimenti enigmatica*»; in senso assolutamente adesivo anche C. TENELLA SILLANI, *Possesso e detenzione*, cit., p. 16.

finirebbe per contrastare con il meccanismo legale di conversione della detenzione in possesso: l'art. 1141, 2° co. c.c., infatti, tipizza i due fatti che oggettivamente rilevano ai fini dell'interversione, la causa proveniente da un terzo e l'atto di opposizione contro il possessore. In particolare, l'atto di opposizione, manifesto o implicito che sia, non può ridursi, per consolidata giurisprudenza<sup>114</sup>, ad un mero mutamento dell'intimo contegno psichico del detentore, ma richiede che il comportamento dell'interessato si manifesti in modo esorbitante rispetto al contenuto tipico del titolo e cominci a esprimere l'esercizio di un potere possessorio.

Ammettere la rilevanza diretta dell'*animus* avrebbe l'effetto di consentire un mutamento della situazione a prescindere da tale esteriorizzazione con risultati palesemente contrastanti con il principio di affidamento che sottende alla disposizione in esame<sup>115</sup>. Allo stesso tempo, ciò non vuol dire che l'interversione per opposizione debba per forza consistere in un semplice mutamento dell'attività in senso possessorio, peraltro non sempre di facile accertamento: il legislatore, infatti, con tale disposizione non si è limitato a disporre quanto già implicitamente ricavabile dalla nozione di attività *ex* art. 1140 c.c., ma ha anche aggiunto che il mutamento possa derivare da una dichiarazione esplicita di colui che fa opposizione, proprio al fine preservare l'affidamento del vecchio possessore.

Per concludere, il meccanismo di qualificazione del comportamento del detentore è affidato all'individuazione del titolo, il cui

---

<sup>114</sup> Si veda l'orientamento per cui l'interversione «non può consistere in un atto di semplice volizione interna, ma deve esteriorizzarsi in modo da rendere inequivocabile e riconoscibile che il detentore, possessore in nome d'altri, ha iniziato a possedere in nome proprio» (Cass. Civ. 21 febbraio 2017 n. 4417, in *Guida al diritto*, 2017, 21, p. 75; Cass. Civ. 17 marzo 2016, n. 5333, in *Diritto & Giustizia*, 2016, 18 marzo, con nota di D. ACHILLE, *Interversione del possesso solo in presenza di una manifestazione esteriore*; Cass. Civ., 14 ottobre 2014 n. 21690, in *Guida al diritto*, 2015, 7, p. 62; Cass. Civ. 12 maggio 2011 n. 10453, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 5, p. 738; Cass. Civ. 31 maggio 2006, n. 12968, in *leggiditalia.it*; Cass. Civ. 17 aprile 2002, n. 5487, in *Arch. Civ.*, 2003, p. 214; Cass. Civ. 18 febbraio 1995, n. 1802, in *leggiditalia.it*)

<sup>115</sup> V. C. A. FUNAIOLI, *L'«animus» nel possesso e il dogma della volontà*, cit., p. 27; anche F. ALCARO, ult. op. cit., p. 115 per l'analisi dell'interversione e p. 82 per la rilevanza del principio di affidamento; Contra R. CATERINA, *Il possesso*, in A. GAMBARO, U. MORELLO (a cura di), *Trattato dei diritti reali*, I, Proprietà e possesso, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 376-7, il quale argomenta che «il fatto che, in questa ipotesi [l'interversione], a tutela del possessore originario, siano richiesti dei requisiti ulteriori per l'acquisto del possesso non prova l'irrilevanza, in termini generali, dell'animus».

oggetto contribuisce a definire non solo il suo potere ma anche l'estensione e i limiti di quello del possessore mediato, il quale a sua volta conserva l'esercizio della sua situazione sebbene esplicantesi in una forma differente dalla diretta utilizzazione.

## 5.2. (segue) titolo e attività in possesso e detenzione

Le considerazioni che precedono offrono la sponda a un confronto speculare del rilievo che i principali costituenti di possesso e detenzione – rispettivamente, l'attività e il titolo – assumono nella fattispecie di cui non sono elemento centrale. Così, è d'uopo interrogarsi sul rilievo che il titolo ha nel possesso e del ruolo giocato dall'attività in una posizione "titolata" come la detenzione. L'interrogativo è motivato dalla necessità di chiarire il rapporto intercorrente tra le due situazioni che, sebbene accomunate da un dato simile, la disponibilità materiale di una cosa (cfr. *supra* par. 4.), e interconnesse normativamente *ex art.* 1141 c.c., non sembrano condividere, secondo alcuni commentatori, la medesima natura fattuale (vedi *infra* par. 4.3.).

Per quanto concerne la rilevanza del titolo nell'instaurazione della posizione di possesso, il suo essere un potere "di fatto", per espressa previsione di legge, ne comporta la necessaria astrazione dal titolo. Ciò non vuol dire, però, che l'eventuale convenzione che consente l'instaurazione del possesso sia completamente estranea alla vicenda acquisitiva o che questa non ne possa in alcun modo influenzare l'accertamento. Se così fosse, sarebbe infatti arduo giustificare le pronunce giurisprudenziali che richiamano l'efficacia reale del negozio traslativo ai fini dell'accertamento del possesso<sup>116</sup>.

Invero, la natura degli effetti del contratto condiziona la qualificazione del tipo di situazione laddove il potere di fatto si sia effettivamente instaurato a seguito di una convenzione (il che, peraltro, costituisce una mera eventualità anche per l'acquisto della detenzione). In tal caso, come si è visto, l'efficacia obbligatoria del negozio sarà sicuramente determinante per l'instaurazione di una detenzione, che per espressa previsione di legge non può prescindere dal titolo sottostante: sarebbe, dunque, inconcepibile nel nostro sistema una detenzione sprovvista completamente di un riferimento al titolo costitutivo di un rapporto obbligatorio (per i termini del radicamento della detenzione al titolo cfr. *infra* par. 4.3.).

---

<sup>116</sup> Per la giurisprudenza richiamata si veda in questo capitolo nt. n. 112 e *supra* par. 4.1 per il relativo commento.

Diversamente, il possesso, astraendo per definizione dal titolo giustificativo, troverà nel contratto a effetti reali, quando questo in concreto vi sia, soltanto un elemento che agevola l'accertamento giudiziale «circa l'esistenza del possesso stesso, [e dei] relativi caratteri»<sup>117</sup>, fondando una presunzione semplice in tal senso. Ad ogni modo, è bene ribadirlo, non si potrà comunque prescindere dall'effettiva attività corrispondente all'esercizio di un diritto reale per accertare l'esistenza della situazione possessoria, indipendentemente dalla presenza di un titolo a supporto di tale prova.

Inevitabilmente diversa, rispetto alla detenzione, è anche la rilevanza del titolo nell'individuazione di un possesso "minore" (*rectius* corrispondente a un diritto reale minore), il quale, proprio per tale ragione, non è sempre agevole. È vero che le diverse facoltà proprie dei diritti reali su cosa altrui contengono dei profili di specificità rispetto a quelle della proprietà, ma non sempre sarà possibile sul piano probatorio individuare specifici atti che valgano a determinare in maniera chiara ad immagine di quale diritto reale ha agito il possessore, piuttosto che di una proprietà piena<sup>118</sup>. In altri termini, è vero che il possesso concepito come comportamento attivo ed esclusivo è astrattamente qualificabile (come pieno o minore) a seconda della sua corrispondenza al contenuto tipico del diritto reale, ma è altrettanto vero che in concreto detto comportamento possa risultare ambiguo.

Per tale ragione, nell'accertamento del possesso minore può mantenere una certa utilità il riferimento all'*animus*<sup>119</sup>. Fatta salva l'ipotesi in cui il potere di fatto viene esercitato a seguito dell'esecuzione di un contratto ad effetti reali, non importa se valido o invalido, la cui presenza vale a far ritenere il possesso come corrispondente al diritto oggetto del trasferimento (v. art. 1143 c.c.) e ad impedire una sua modificazione (se non per interversione; art. 1164 c.c.), in assenza di un titolo, la prova di una volontà specifica dell'interessato potrà

---

<sup>117</sup> Cfr. U. NATOLI, *Il possesso*, cit., p. 70; in senso analogo anche L. CABELLA PISU, *Il possesso*, cit., p. 1312 la quale sostiene chiaramente che possessore è anche chi ha con la cosa un «rapporto di ingerenza diretta fondato su un titolo che attribuisce un diritto reale» a prescindere dalla sua validità o efficacia. *Contra* S. PATTI, *Una nuova lettura degli articoli 1140 e seguenti c.c.*, cit., pp. 162-5 il quale esclude la configurabilità di un possesso in capo al titolare del diritto.

<sup>118</sup> F. ALCARO, *Il possesso*, cit., pp. 127 ss.: l'Autore effettua una trattazione analitica di tutti i diritti reali su cosa altrui individuando per ciascuno, gli indici oggettivi attraverso i quali riscontrare l'attività possessoria ad immagine egli stessi.

<sup>119</sup> In tal senso cfr. F. DE MARTINO, *Del possesso. Art. 1140-1172*, cit., p. 2.

contribuire, non tanto a smentire la valutazione oggettiva del suo comportamento, quanto piuttosto a gettare luce sul significato di singoli atti della sequenza comportamentale che è oggetto di valutazione. A patto che il comportamento non sia già sufficientemente chiaro da rendere superflua qualsiasi ulteriore indagine circa l'intenzione del possessore, elementi di prova che riescano ad attribuire ad un dato comportamento un significato orientato all'esercizio di un determinato diritto reale possono contribuire utilmente a rimuovere l'ambiguità.

Per quanto riguarda, invece, l'attività del detentore, il suo accertamento verrà riassorbito nel riferimento alla convenzione, il cui contenuto permetterà di leggere i singoli atteggiamenti materiali alla luce di un comportamento tipizzato (del locatore, del comodatario, del gestore di affari altrui ecc.). Se, però, da una parte, la valutazione in senso attivistico del comportamento del detentore sarà meno stringente rispetto a quella operata sul possessore, dall'altra, questo non significa che dal *corpus* si possa prescindere *in toto*. Il comportamento fattuale resta, infatti, imprescindibile per la qualificazione della situazione<sup>120</sup>, nonché un elemento rilevante in tutte le fasi della vicenda detentiva. Ne dà conferma la prassi giurisprudenziale, la quale ha sempre parlato in termini generali delle problematiche riguardanti la conservazione della situazione di fatto, riferendosi talvolta al possesso, tal'altra alla detenzione. La condotta attiva, sebbene declinata in termini di ingerenza potenziale (e nonostante le contraddizioni che emergono dalla formula possesso/detenzione *solo animo*, cfr. *supra* par. 2.3.), mantiene, nonostante il riferimento al titolo, un rilievo centrale nella prassi della giurisprudenza ai fini dell'accertamento dell'acquisto e perdita della situazione<sup>121</sup>. In conclusione, il legame tra detenzione e titolo non ha come risultato ultimo quello di elidere completamente la relazione fattuale con la cosa e, quindi, di consentire al detentore di giovare della protezione giuridica possessoria nonostante un suo contegno assolutamente inerte. Ne

---

<sup>120</sup> Vedi R. OMODEI SALÈ, *La detenzione e le detenzioni*, cit., p. 133 il quale ritiene imprescindibile la considerazione della condotta attiva soprattutto per le «particolari fattispecie di detenzione che appaiono fondarsi su un titolo legale, nelle quali il potere sulla res sorge per fatto unilaterale dell'agente» – tra le più note, la gestione di affari altrui, il ritrovamento di cose smarrite – in cui non si può prescindere da un indagine circa la corrispondenza delle attività al modello legale di riferimento. *Contra* G. LIOTTA, *Situazioni di fatto e tutela della detenzione*, cit., p. 28

<sup>121</sup> Cfr. Cass. Civ. 28 febbraio 2006 n. 4404, in *DeJure Giuffrè*; Trib. Isernia 03 novembre 2009, in *DeJure Giuffrè*; Cass. Civ. 04 maggio 2005 n. 9226, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 5; Cass. Civ. 26 ottobre 1993, n. 10642, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, p. 1518.

danno conferma, a dispetto delle apparenze, quelle pronunce che qualificano come detentore il locatario che si è allontanato dall'immobile per effettuare (o far effettuare dal proprietario) i lavori di riparazione<sup>122</sup>; in tal caso, infatti, l'atteggiamento di momentanea assenza potrà essere valutato conforme ad una condotta comunque operosa, proprio alla luce della destinazione d'uso del bene ed al contenuto tipico del contratto alla base della situazione di detenzione<sup>123</sup>.

### 5.3. Detenzione come situazione di diritto? Rilevanza del titolo invalido o inefficace

Gli interrogativi che precedono non sono altro che il riflesso di una questione che si pone sullo sfondo del sistema possessorio disegnato dal nostro Codice civile e riguardante la natura della detenzione. Autorevole dottrina<sup>124</sup>, infatti, ha sostenuto a più riprese l'opportunità di leggere l'istituto come una situazione "di diritto" che si contrappone perciò al possesso, unica situazione "di fatto" disciplinata dagli artt. 1140 e seguenti c.c.: la detenzione sarebbe, così, riconosciuta e protetta in quanto situazione fondata su un titolo valido ed efficace costitutivo di una situazione giuridica di natura obbligatoria. La situazione giuridica (di vantaggio o svantaggio a seconda dei casi), e non quella fattuale, sarebbe il presupposto per l'estensione della tutela possessoria al detentore *ex art.* 1168 c.c.

---

<sup>122</sup> Cass. Civ. 08 luglio 2010 n. 16136, in *Giust. civ.*, 2011, 6, p. 1555; Cass. Civ. 06 settembre 1995, n. 9381, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, p. 1613; Cass. Civ. 1° settembre 1994 n. 7621, in *Arch. Locazioni*, 1995, p. 83 e in *Foro it.*, 1995, I, p. 1536; Cass., 8 maggio 1980, n. 3041, in *Arch. civ.*, 1980, p. 563.

<sup>123</sup> R. OMODEI SALÈ, *ult. op. cit.*, pp. 179-80, a proposito di conservazione della detenzione; già G. LIOTTA, *Detenzione*, *cit.*, p. 2 conclude che «*per la conservazione del corpus della detenzione [...] è sufficiente che la complessiva situazione in cui si manifesta il potere di fatto consenta di apprezzare l'effettiva assegnazione socio-economica del bene al detentore*». In senso opposto S. PATTI, *Una nuova lettura degli articoli 1140 e seguenti c.c.*, *cit.*, p. 156 che su tali pronunce e sulla tutela del possessore in "assenza di *corpus*" fonda la sua teoria sulla detenzione come situazione di diritto (cfr. *infra* par. 4.3.).

<sup>124</sup> La proposta è di S. PATTI, *ult. op. cit.*, pp. 149 ss. e in particolare 156; ID., *Possesso. Artt. 1140 - 1157*, *cit.*, pp. 567 ss.; aderisce anche M. FORNACIARI, *Il possesso e la sua tutela: lineamenti generali*, *cit.*, p. 76. In giurisprudenza, v. Trib. Bari, 01 dicembre 2009, in *giurisprudenzabarese.it*, 2010. *Contra*, tra gli altri, C. M. BIANCA, *Diritto civile. 6. La proprietà*, 2° ed., Giuffrè, Milano, 2017. pp. 549-50.

Questa impostazione non trova, invero, il favore unanime dei commentatori, né quello delle oscillanti pronunce del giudice di legittimità<sup>125</sup>.

Procedendo con ordine nella disamina delle argomentazioni, è opportuno rilevare innanzitutto che nonostante il termine “di fatto” di cui all’art. 1141 c.c. sembri riferirsi simultaneamente al possesso e alla detenzione, simile considerazione non basterebbe di per sé a far deporre per la natura fattuale della detenzione, soprattutto se si considerano le conseguenze sistematiche di tale scelta. È, quindi, opportuno andare oltre le indicazioni testuali.

Ora, è bene ricordare che la questione coinvolge aspetti di natura processuale e probatoria che non possono essere scissi completamente dal profilo sostanziale riguardante la natura della detenzione: ammettere la rilevanza della validità del titolo sottostante – lasciando per un momento da parte il profilo della sua sopravvenuta inefficacia – comporterebbe la necessità di introdurre considerazioni di natura squisitamente petitoria all’interno di un giudizio possessorio, andando, di fatto, a svuotare di significato la rilevanza sistematica della detenzione, la cui tutela verrebbe completamente riassorbita in quella contrattuale<sup>126</sup>. Tale risultato, beninteso, finirebbe per incidere inevitabilmente sul piano sostanziale, nella misura in cui la tutela conservativa e la sua priorità

---

<sup>125</sup> Se da una parte, infatti, Cass. Civ. 20 maggio 2008 n. 12751, in *Diritto e Giustizia online*, 2008, afferma che «la prova dell'esistenza del titolo di detenzione [...] non può essere intesa anche come prova d'esistenza di un titolo valido ed efficace, che involge non già una questione in ordine al potere di fatto sulla cosa, qual è la detenzione, tutelata dalla norma dell'art. 1168 cod. civ., bensì una questione contrattuale in ordine al diritto di detenere la cosa, che esula dal giudizio possessorio» (in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 5, p. 765 con critica di S. PATTI, *In tema di prova della detenzione ai fini della tutela possessoria*; v. anche Cassazione civile, sez. II, 03 marzo 1994, n. 2111, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, p. 256; Cass. Civ. 09 ottobre 1991, n. 10606, *Giust. civ. Mass.*, 1991, 10; da ultimo si veda anche Cass. Civ., Ord., 04 luglio 2017 n. 16412, in *leggiditalia.it*, a proposito di una concessione nulla per difetto di forma), dall'altra, si veda Cass. Civ. 04 maggio 2005, n. 9226, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 5; Cass. Civ. 16 agosto 2000, n. 10816, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1797, secondo cui il detentore per godere della tutela possessoria deve invocare «un titolo che lo legittima alla detenzione nel proprio interesse. Ciò comporta che egli debba provare l'esistenza del titolo posto a base dell'allegata detenzione e che il giudice deve verificare la sussistenza, la validità ed efficacia del rapporto dedotto».

<sup>126</sup> Il concetto è ben espresso da R. OMODEI SALÈ, *La detenzione e le detenzioni*, cit., pp. 169-70, il quale chiarisce anche la consolidata evoluzione del concetto stesso di giudizio petitorio, ormai non più inteso come «giudizio concernente (soltanto) la proprietà o altro diritto reale sulla cosa» ma comprendente anche la valutazione del titolo sottostante la situazione di detenzione.



procedurale rispetto alle ragioni petitorie contribuiscono a definire la stessa natura delle situazioni di fatto, che sono tutelate prima e a prescindere della loro conformità alla realtà giuridica.

Inoltre, condizionare in maniera esasperata la presenza di una detenzione alla validità del titolo rischia di causare non pochi problemi di certezza dei rapporti giuridici: se, infatti, è solo il titolo valido a qualificare il comportamento del detentore, la sua invalidità potrebbe aprire incertezze sulla qualificazione in senso possessorio di quello stesso comportamento, con il risultato di applicare retroattivamente la relativa disciplina (ad esempio, l'usucapione e i frutti)<sup>127</sup>. E tali rilievi valgono, non solo per l'annullabilità del titolo, la cui provvisoria efficacia farebbe comunque deporre per la presenza *medio tempore* di una detenzione fino alla pronuncia di annullamento retroattivamente efficace, ma anche per la nullità dello stesso.

Discorso analogo deve essere fatto per la sopravvenuta inefficacia o estinzione del titolo: la giurisprudenza conferma che la sussistenza della detenzione non dipende dall'efficacia del contratto sottostante<sup>128</sup>.

Qui la questione non è tanto escludere che a seguito di tale inefficacia venga meno automaticamente la detenzione della cosa, ma, semmai, valutare se e in che modo la continuazione dell'attività e la mancata restituzione della cosa a seguito della risoluzione del titolo non valgano a mutare la situazione di detenzione in un possesso *ex art. 1141, 2° co., c.c.*

Rispetto al significato da attribuire a singoli atti di inadempimento degli obblighi del detentore (ad es. il mancato pagamento del canone, o un utilizzo non conforme a quello dedotto in contratto) ai fini dell'interversione, la giurisprudenza, facendo leva sul concetto di opposizione di cui all'art. 1141, 2° co., c.c., ha correttamente escluso che dal mero inadempimento contrattuale, da singoli atti riconducibili

---

<sup>127</sup> Si pensi ad un contratto di locazione la cui nullità viene accertata a distanza di anni dal perfezionamento del contratto e dall'instaurazione del rapporto di disponibilità materiale. Sul piano processuale, la totale irrilevanza del titolo nullo favorirebbe l'incertezza sulla configurabilità di una situazione di possesso (peraltro in buona fede), il cui accertamento potrebbe essere richiesto in subordine dalla parte che si è vista negare la qualità di detentore in forza dell'invalidità del negozio.

<sup>128</sup> Per quanto isolata si veda la recente Cass. Civ. 01 settembre 2014, n. 18486, in *Foro it.*, 2015, 2, I, c. 563, che rispetto alla locazione statuisce che «il conduttore che mantiene la disponibilità dell'immobile dopo la cessazione di efficacia del contratto di locazione è legittimato a ricorrere alla tutela possessoria ex art. 1168, secondo comma, cod. civ., in quanto detentore qualificato, ancorché inadempiente all'obbligo di restituzione».

al comportamento possessorio o, ancora, dal semplice rifiuto di restituire la cosa possa conseguire il mutamento del titolo<sup>129</sup>. Ciò deriva, coerentemente con quanto precisato a suo tempo (cfr. *supra* parr. 4. e 4.1), dalla difficoltà di attribuire univoco significato possessorio a singoli atti di per sé inespressivi di un mutamento di titolo, soprattutto nel caso di specie in cui il soggetto inizialmente esercita una detenzione. Per tale motivo, agli episodici casi di inadempimento sopra richiamati dovranno accompagnarsi forme più energiche di contestazione dell'altrui posizione (e si avrà un'opposizione esplicita) o una più «*ampia ed univoca attività di tipo dominativo oggettivamente tenuta dal detentore sul bene*»<sup>130</sup> (per l'opposizione implicita), che quindi sia tale da manifestare non tanto l'esercizio di un potere possessorio in sé considerato quanto piuttosto il *mutamento* della situazione nel suo dinamismo.

In conclusione, la qualificazione della situazione di fatto in senso detentorio non può astrarre (al pari del possesso) dal titolo ma, allo stesso tempo, non trova in questo il diretto fondamento. La sua funzione è soltanto quella di agevolare l'individuazione della corrispondente attività e di orientare i singoli atteggiamenti dell'interessato in conformità con il contenuto tipico del negozio (o del titolo legale, giudiziale, amministrativo) per risolvere il problema pratico della distinzione con il contenuto ampio della proprietà a cui corrisponde l'esercizio del possesso. Concludere per la natura giuridica e non fattuale della detenzione appare, in ultima analisi, esorbitante rispetto al dettato legislativo, foriero di complicazioni pratiche nella casistica e, infine, contrasterebbe con la necessaria rilevanza che il comportamento attivo del detentore continua ad avere ai fini della conservazione della situazione (come si è avuto modo di vedere *supra* par. 4.2.). L'opposta conclusione, peraltro, non sembra produrre inconvenienti teorici riguardo al rapporto tra contratto e detenzione: il titolo in questo caso non rappresenta la fonte autonoma diretta della situazione di detenzione ma un elemento costitutivo che – al netto della sua validità o efficacia e in concorso con l'attività – determina la produzione di un effetto giuridico (*id est* la tutela del detentore) che trova la sua fonte nella legge. Non

---

<sup>129</sup> V. Cass. Civ. 1° luglio 2004 n. 12007, in *Riv. Giur. Sarda*, 2005, 3, pp. 628-33, annotata da C. CICERO, *Interversione possessionis e irrilevanza dell'animus*; Cass. Civ. 12 maggio 1999, n. 4701, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 1065.

<sup>130</sup> In tal senso R. OMODEI SALÈ, *La detenzione e le detenzioni*, cit., pp. 176 ss. e per la citazione p. 177.

deve quindi stupire che le vicende del contratto non incidano sulla conservazione dell'attività.

## 6. Detenzione tutelata e detenzione per ragioni di servizio o ospitalità

Non tutte le forme di detenzione vengono protette dall'ordinamento in egual misura. Com'è ben noto, il legislatore, all'art. 1168, 2° co., c.c., esclude che la legittimazione ad agire contro lo spoglio possa spettare a colui che detiene «*per ragioni di servizio o di ospitalità*»: da qui, il primo discrimine tra una detenzione cd. «*autonoma*» e una non tutelata. Inoltre, nonostante il dato normativo sul punto non offra alcuna indicazione, la giurisprudenza ha operato un'ulteriore distinzione, tra detenzione qualificata, vale a dire nell'interesse del detentore, e detenzione non qualificata, per quelle ipotesi in cui la disponibilità materiale del bene viene instaurata nell'interesse del possessore mediato (es. depositario, vettore, mandatario, ecc.).

Dal punto di vista metodologico, conviene cominciare l'analisi delle detenzioni normativamente disciplinate per valutarne i margini di operatività e, in seguito, interrogarsi sull'opportunità di integrare il meccanismo legale con le categorie pretorie.

Un primo interrogativo che scaturisce dalla formulazione codicistica è quello riguardante il rapporto tra le *ragioni* e la fattispecie di detenzione in sé considerata. Da una parte, infatti, si potrebbe essere portati a concludere che nei casi indicati dall'art. 1168, 2° co., c.c. non ci sarebbe neanche una vera e propria detenzione ma un utilizzo precario che non trova qualificazione giuridica nel nostro ordinamento; dall'altra, resta l'ambiguità riguardante la coincidenza o meno del termine *ragioni* con il titolo – o comunque con un suo elemento essenziale – posto alla base della situazione di detenzione.

Rispetto alla configurabilità di una detenzione per le situazioni di fatto in esame, la soluzione affermativa è suggerita non soltanto dal tenore letterale<sup>131</sup> (che parla espressamente di detenzione) ma anche dalla considerazione di natura sistematica secondo cui la ragion d'essere della situazione detentiva non si appiattisce all'estensione della protezione possessoria disciplinata dall'art. 1168 c.c.: infatti, se avesse voluto escludere la configurabilità di una detenzione nei casi di ospitalità e

---

<sup>131</sup> In tal senso R. CATERINA, R. SACCO, *Il possesso*, cit., p. 192; G. LIOTTA, *Situazioni di fatto e tutela della detenzione*, cit., p. 49.

servizio, il legislatore avrebbe potuto porre questa disposizione all'interno degli articoli che definiscono l'istituto piuttosto che in quello che ne estende la tutela. In conclusione, per questa ragione, il meccanismo dell'interversione *ex art. 1141, 2° co. c.c.* può dirsi applicabile alla detenzione per ragioni di ospitalità e servizio.

A tale soluzione si lega poi la seconda questione riguardante il significato da attribuire al lemma *ragioni*, che incide sull'individuazione delle situazioni oggetto dell'esclusione operata dalla norma. Parte della dottrina, anche al fine di smentire una declassificazione dei suddetti casi di detenzione ad una mera utilizzazione precaria (v. *supra*), ha sostenuto che le *ragioni di servizio e di ospitalità* costituiscano di per sé titoli legali alla base della detenzione<sup>132</sup>. Altra parte della sostiene, invece, sostiene che la «*distinzione tra detenzione tutelata e detenzione non tutelata non attiene alla struttura del potere di fatto, ma si basa su un elemento esterno alla fattispecie possessoria*»<sup>133</sup>.

Ora, questa questione, come anche quella attinente all'individuazione delle figure di detenzione rientranti nell'esclusione dell'art. 1168, 2° co., c.c., merita di essere affrontata analizzando separatamente il *servizio* e l'*ospitalità*. Mentre, infatti, il primo termine si riferisce ad una classe di rapporti giuridici che trovano sicuramente il loro fondamento in un titolo, l'*ospitalità* al contrario è un elemento esterno al negozio (o al diverso titolo) posto alla base della detenzione.

In altri termini, le ragioni di servizio individuano un insieme di negozi (o più in generale di titoli) la cui funzione economico sociale è rintracciabile nel suddetto concetto (di cui si specificherà a breve i contorni); al contrario, le ragioni di ospitalità sono estranee al contenuto essenziale del titolo e si proiettano in maniera più diretta e trasversale sul rapporto di fatto, andando a qualificare comunque in termini di detenzione non tutelata alcune forme di ingerenza di fatto, motivate dall'*ospitalità* e sprovviste di una regolamentazione negoziale o legale.

Quali sono, dunque, le detenzioni per ragioni di *servizio*? La dottrina ha proposto differenti letture del concetto di *servizio*, spesso condizionate dalla necessità di ricomprendere o escludere all'occorrenza singole fattispecie concrete emergenti dalla casistica giurisprudenziale all'interno della detenzione tutelata. Nel tentativo di superare l'interpretazione offerta dalla Relazione al Codice, che intendeva escludere dalla

---

<sup>132</sup> U. NATOLI, *Il possesso*, cit., p. 135; R. OMODEI SALÈ, *La detenzione e le detenzioni*, cit., p. 192-5.

<sup>133</sup> C. TENELLA SILLANI, *Possesso e detenzione*, cit., p. 21.

tutela possessoria i detentori che svolgono un servizio implicante «*rapporti di subordinazione*»<sup>134</sup>, la dottrina ha proposto differenti criteri di individuazione della categoria.

Un primo indirizzo ha cercato di affrancare le ragioni di servizio dal concetto subordinazione facendo leva sull'idea che il detentore tutelato abbia un'autonomia decisionale e un effettivo potere di gestione sul bene che non è proprio di chi svolge un servizio<sup>135</sup>. Nel primo caso, infatti, che deve essere accertato per ciascun tipo di detenzione guardando alle funzioni socioeconomiche in concreto svolte dall'interessato nell'esecuzione della sua prestazione, l'eventuale spoglio di un terzo inciderebbe maggiormente sulla sua sfera giuridica piuttosto che su quella del possessore mediato.

D'altra parte, autorevole dottrina ha fatto leva sulla nozione economica di servizio in quanto contrapposta al concetto di bene<sup>136</sup>. Sulla scorta di questo discrimine, i casi di detenzione riconducibili a ragioni di servizio sarebbero quelli «*in cui l'ingerenza del detentore nel bene ha solo lo scopo strumentale di consentire alla parte di svolgere la sua prestazione di fare*», indipendentemente dal carattere subordinato o autonomo del rapporto di lavoro alla base del servizio. Dunque, sarebbero estranei all'art 1168, 2° co., c.c. non soltanto i rapporti costitutivi di diritti personali di godimento in favore del detentore, ma anche quelli in cui la detenzione

---

<sup>134</sup> La relazione della Commissione reale (p. 242), infatti, precisava che «*l'azione viene concessa al detentore autonomo di ogni specie, anche, dunque, se nell'interesse altrui (...), perché, in causa delle responsabilità che gli incombono, è opportuno dargli un mezzo pronto per riavere la cosa, non invece a quello non autonomo, e ciò perché, nei casi in cui lo spoglio è opera del possessore, essa non sarebbe giustificata, non avendo il detentore non autonomo alcun diritto nei riguardi della persona nel cui nome possiede; se lo spoglio è opera di terzi, non è sembrato conveniente lasciare tale iniziativa ad un operaio, apprendista, domestico o commesso*». Così, anche le ragioni della dottrina opposta erano influenzate da valutazioni di opportunità politica che portavano a ritenere la disposizione discriminante nei confronti della classe operaia; v. in tal senso U. NATOLI, *Il possesso*, cit., p. 315 e F. DE MARTINO, *Del possesso. Artt. 1140-1172*, cit., p. 120, che limitano l'estensione della nozione soltanto alla figura del "domestico". Contrario in generale all'apparentamento di subordinazione e servizio, R. CATERINA, R. SACCO, *Il possesso*, cit., p. 174.

<sup>135</sup> Già S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Jovene, Napoli 1978, p. 19; la tesi viene ampiamente sviluppata, con un'indagine per singoli casi, da G. LIOTTA, *Situazioni di fatto e tutela della detenzione*, cit., pp. 51-3 e avallata anche da L. CABELLA PISU, *Azioni possessorie*, cit., pp. 71-2.

<sup>136</sup> Rileva R. SACCO, *Detenzione autonoma e qualificata*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, Aggiornamento, V, 2010, pp. 521 ss. che «*il linguaggio dell'economia contrappone al termine «bene» nella nota espressione «beni e servizi». I servizi sono le utilità che ricaviamo da prestazioni, contrapposte alle utilità che ricaviamo dai beni*».

assolve una funzione di garanzia – e, dunque, quando il bene è oggetto di privilegio o su questo l'interessato ha diritto di ritenzione – e, ancora, quelli in cui la disponibilità materiale non rappresenta uno strumento accidentale di realizzazione della prestazione quanto piuttosto l'oggetto principale dell'obbligo assunto dal detentore, (come avviene nel contratto di deposito<sup>137</sup>).

Quest'ultima impostazione ha il pregio di individuare il discrimine tra detenzione tutelata e detenzione per ragioni di servizio senza far ricorso ad un criterio extra testuale, come quello dell'autonomia decisionale, che imponga un accertamento in concreto degli effettivi poteri attribuiti dal titolo al detentore; al contrario, attraverso una specificazione del significato giuridico del termine utilizzato dal legislatore si approda a risultati pratici non eccessivamente dissimili da quelli raggiunti con la tesi precedentemente richiamata, superando al contempo i limiti imposti dall'originario riferimento alla subordinazione.

Rispetto, invece, alle ragioni di *ospitalità*, la ricostruzione del loro significato non ha richiesto il medesimo sforzo interpretativo. Si tratta a ben guardare di ipotesi di acquiescenza all'altrui ingerenza motivata da specifici vincoli di affezione o parentela nei confronti dell'ospite, dall'altruistica sensibilità ai suoi bisogni di alloggio o alla volontà di godere della sua compagnia<sup>138</sup>. Si tratta (si noti) di uno spettro di casi che inevitabilmente hanno ad oggetto beni immobili e (prevalentemente) ad uso abitativo<sup>139</sup>.

Più arduo è individuare i casi limite in cui, in luogo di una detenzione per ragioni di ospitalità, è ravvisabile un titolo differente (pur condividendo con la prima alcuni aspetti concreti): in taluni casi, infatti, sarà difficile distinguere il detentore-ospite dal comodatario a titolo

---

<sup>137</sup> Sebbene, infatti, ai sensi dell'art. 1780 c.c. il depositario dovrebbe comunque ritenersi liberato in caso di perdita della *res* causata da sottrazione violenta e clandestina di un terzo, sarebbe, del resto, incongruente rispetto all'economia generale del rapporto privare il depositario di un utile mezzo di realizzazione della sua prestazione nei confronti del depositante (vale a dire l'esperimento dell'azione di spoglio contro terzi, per garantire la conservazione del bene nella sua disponibilità). In senso opposto v. R. OMODEI SALÈ, *La detenzione e le detenzioni*, cit., p. 205.

<sup>138</sup> La definizione largamente condivisa, quantomeno nella sua staticità, è di R. SACCO, *Detenzione autonoma e qualificata*, cit.; ripresa da R. OMODEI SALÈ, *La detenzione e le detenzioni*, cit., pp. 210-1.

<sup>139</sup> Sebbene in giurisprudenza sia stata attribuita la qualifica di detenzione per ragioni di ospitalità anche al Consiglio dell'Ordine dei Giornalisti della Campania per i locali messi a sua disposizione dal Comune di Napoli per lo svolgimento delle sue attività associative, v. Trib. Napoli 10 aprile 2000, in *Giur. napoletana*, 2000, p. 253.

gratuito; in altri, invece, il titolo sottostante sarà legato ad un vincolo di convivenza stabile di natura para-familiare (c.d. convivenza *more uxorio*) che supera la mera ospitalità e al quale la giurisprudenza ha riconosciuto protezione possessoria. Rispetto a quest'ultima questione, è necessario fare uno specifico rinvio al prosieguo del lavoro (v. Cap. V, par. 1). La rilevanza dell'interesse abitativo nei rapporti familiari, dentro e fuori dal matrimonio, infatti, merita di essere oggetto di una riflessione specifica e che non si limiti ad una mera ricostruzione del relativo percorso giurisprudenziale.

Con riferimento al comodato, invece, per individuare il discrimine con la situazione dell'ospite, è opportuno, almeno in via teorica e al netto delle inevitabili difficoltà di accertamento nel caso concreto, fare riferimento al contenuto del tipo negoziale. A tal fine, è stato affermato<sup>140</sup> come sia il momento della consegna a rivelare con maggiore efficacia la differenza tra le due situazioni: nel comodato la consegna vale ad immettere il detentore in un potere di fatto pieno ed esclusivo tale da manifestare la volontà di attribuirgli un diritto personale di godimento; nella situazione dell'ospite non si potrà neanche parlare di una vera consegna, in quanto il possessore si limita a consentire un godimento «*limitato e concorrente*» e mantenendo comunque una maggiore contatto con il proprio bene. Nel primo caso si avrà un comportamento giuridicamente vincolante per il possessore e la situazione sarà tutelabile *ex art. 1168 c.c.*, mentre nel secondo il godimento rimarrà un mero strumento di realizzazione dell'ospitalità.

## 6.1. (segue) detenzione qualificata. Inammissibilità della categoria

Un ultimo cenno merita il percorso giurisprudenziale che ha portato negli anni alla creazione della cd. detenzione qualificata. Com'è noto, la categoria serve a graduare ulteriormente l'estensione della tutela possessoria, consentendo al detentore di agire in reintegrazione, nel primo caso, *erga omnes* (possessore compreso) e, nel secondo, soltanto nei confronti dei terzi ma non anche contro lo spoglio del possessore

---

<sup>140</sup> La tesi è di R. OMODEI SALÈ, ult. op. cit., 211-3, il quale al contrario esclude che siano indici altrettanto rivelatori la libera revocabilità dell'ospitalità, perché sarebbe propria anche del cd. comodato precario (art. 1810 c.c.), nonché il grado di libertà concessa all'ospite e al comodatario nell'uso della *res* sul piano meramente quantitativo (*contra*, R. SACCO, ult. op. loc. cit.).

mediato<sup>141</sup>. La distinzione tra le due categorie si basa sul concetto di interesse, se cioè la situazione di fatto è attuata per soddisfare un interesse del detentore o piuttosto del possessore mediato. Tale discriminazione viene giustificata dalla dottrina adesiva sulla base criteri logici di interpretazione, essendo il dato testuale sprovvisto di qualsiasi riferimento all'interesse del detentore.

Senonché, il criterio dell'interesse è eccessivamente labile per tracciare una chiara linea di demarcazione tra i singoli tipi di detenzione: a ben guardare, infatti, anche figure negoziali comunemente ricondotte nel novero della detenzione non qualificata attribuiscono rilevanza a interessi del detentore<sup>142</sup>. Invero, i rapporti giuridici a cui si fa riferimento danno vita a una pluralità di interessi contrapposti tra le parti, alcuni dei quali possono risultare prevalenti rispetto ad altri in alterne fasi dell'attuazione del suddetto rapporto; perciò, difficilmente sarà possibile identificare detenzioni che soddisfino sempre e comunque l'interesse di una sola parte. Inoltre, il criterio dell'interesse, se ripensato in termini di strumentalità, finisce per coincidere con (o comunque per essere assorbito nella casistica da) la nozione di servizio (v. *supra* par. 5.) che vale a distinguere la detenzione finalizzata al godimento del bene da quella strumentale all'adempimento di una prestazione nei confronti del possessore mediato. Del resto, l'opportunità di graduare ulteriormente la tutela possessoria non emerge dall'art. 1168, 2° co., c.c., né dalle originarie intenzioni del legislatore<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> Cassazione civile, sez. II, 04 gennaio 2013, n. 99, in *Diritto & Giustizia*, 2013, 7 gennaio e in *Giur. Civ.* 2013, 10, I, p. 2089; Cass. 20 maggio 2008 n. 12751, cit.; Cass. 25 settembre 2007 n. 19931, in *DeJure Giuffrè*; Cass. 4 maggio 2005 n. 9226, cit.; Cass. Civ. 22 luglio 2002 n. 10676, in *Arch. Civ.*, 2003, p. 556; Cass. Civ. 15 maggio 1998 n. 4908 in *Mass. Giur. It.*, 1998; Cass. Civ. 29 maggio 1998 n. 5314, in *Mass. Giur. It.*, 1998; Cass. Civ. 18 febbraio 1985, n. 1383, in *Foro Padano*, 1985, I, 313; Cass. Civ. 9 gennaio 1980 n. 167, in *Giur. It.*, 1980, I, 1, 792. In dottrina aderiscono P. GRECO, *Detenzione e reintegrazione nei rapporti tra società e socio escluso*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1948, II, p. 62; A. MONTEL, *Il possesso*, cit., pp. 488 ss.; A. GIUSTI, *Le azioni possessorie e di nunciazione*. Il Codice civile. Commentario. Artt. 1168-1172, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 94 ss.

<sup>142</sup> Basti pensare al diritto al rimborso del depositario e gestore di affari, al privilegio vantato da vettore e mandatario per rendersi conto che non è possibile individuare un interesse al godimento altrui in capo alternativamente o al possessore mediato o al detentore; per questi rilievi v. U. NATOLI, *Il possesso*, cit. p. 140; anche G. LIOTTA, *Situazioni di fatto e tutela della detenzione*, cit., p. 46-7 sebbene concludendo per l'ammissibilità della figura in esame.

<sup>143</sup> R. OMODEI SALÈ, *La detenzione e le detenzioni*, cit., pp. 236-42.



## 7. Altre situazioni di fatto

Al termine di questa indagine è opportuno, prima di trarre alcune brevi conclusioni, domandarsi quali fattispecie restino escluse dalle situazioni di fatto che si è avuto modo di analizzare. La questione investe tanto i confini del possesso quanto quelli della detenzione. Una volta chiarito il concetto di attività nel possesso e la rilevanza del titolo nella detenzione è possibile definire quelle residuali forme di utilizzo del bene che non rientrano nel novero dei casi coperti dagli artt. 1140 e 1141 c.c.; al contempo, la configurabilità di una detenzione (non tutelata *ex art.* 1168 c.c.) per quelle forme di disponibilità materiale motivate da servizio o ospitalità restringe notevolmente la casistica residuale.

Un primo gruppo di casi normativamente individuati ed esclusi dal novero delle situazioni di fatto giuridicamente rilevanti sembrerebbe essere costituito dagli atti compiuti con la tolleranza del proprietario (o possessore). Come si avrà modo di vedere nell'approfondimento avente a oggetto il comportamento tollerante (cfr. Cap. III), parte della dottrina ha tentato di ricondurre anche le ingerenze disciplinate dall'art. 1144 c.c. ad un'ipotesi legale di detenzione. Ad ogni modo, e rimandando ad un momento successivo la soluzione del quesito, per il momento ci si può limitare a chiarire la rilevanza della norma rispetto a quelle ingerenze che in assenza del contegno tollerante varrebbero a costituire un possesso: la situazione viene in questi casi degradata a mero utilizzo precario del bene (o nel caso a una particolare forma di detenzione) perdendo così la relativa protezione interinale, nonché l'aspettativa di acquisto *ad usucapionem*.

Inoltre, affinché vi sia un effettivo esercizio di un potere di fatto possessorio, la nozione di attività richiede un comportamento costituito da una serie di atti che delineino una condotta orientata al perseguimento dell'utilità espressa dalla destinazione d'uso del bene che ne è oggetto. Da ciò consegue che episodi saltuari di ingerenza sul bene, vuoi di carattere fruitivo che di mera molestia, non varranno a configurare un potere di fatto *ex art.* 1140 c.c.: il carattere transitorio ed episodico della condotta escluderà che si possa parlare di attività in senso proprio<sup>144</sup>. Allo stesso modo, anche un utilizzo deviato rispetto alla

---

<sup>144</sup> Si pensi a titolo esemplificativo a colui che occasionalmente poti gli alberi del fondo vicino, all'utilizzo sporadico di un posto auto (Cass. Civ. 01 agosto 2017 n. 19144, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2018, 2, I, p. 399; Cass. Civ. 20 agosto 1999 n.

destinazione d'uso del bene, sebbene maggiormente espressivo di un attivismo dell'interessato, dovrebbe portare ad escludere il possesso e quindi a ricondurre la situazione all'interno degli utilizzi precari e non giuridicamente riconosciuti del bene.

Per quanto riguarda la detenzione il discorso è semplificato dalla necessità di individuare un titolo (anche invalido o inefficace come si è visto) ai fini della sua configurabilità, senza tuttavia eludere l'accertamento del *corpus*-attività. Per le forme di ingerenza completamente sprovviste di un titolo sarà semmai necessario accertare la sussistenza di una ragione di ospitalità che valga a qualificarle comunque in termini di detenzione non tutelata.

## **8. Prime riflessioni conclusive su *corpus* e *animus* nel possesso**

Prima di proseguire l'indagine sulla situazione di detenzione, è opportuno svolgere alcune riflessioni critiche su quanto è emerso dal confronto delle impostazioni teoriche e dei percorsi giurisprudenziali.

Rispetto al rilievo dell'*animus* nella vicenda possessoria, si è visto come al persistente utilizzo da parte dei giudici di un lessico soggettivista si affianchi una tendenza ad aggirare l'onere di provare l'intima intenzione di dominare la cosa al pari del proprietario per concentrarsi su elementi esteriori più facilmente accertabili che facciano presumere l'esteriorizzazione di questo contegno psichico o, addirittura, che lo rendano del tutto superfluo.

Il meccanismo presuntivo, che tenta di superare le inevitabili difficoltà pratiche che derivano dalla prova dell'intenzione, è stato sperimentato nella casistica in cui è necessario stabilire la natura possessoria o detentoria del potere di fatto. Così, quando non viene in considerazione la sussistenza o meno di un'attività ma si tratta, invece, di qualificarla in un senso o nell'altro, la presenza del titolo ad effetti

---

8799, in *Giust. civ. Mass.* 1999, p. 1822), o ancora al vicino che attraversi ogni tanto il fondo all'insaputa del proprietario. Si tratta di comportamenti che per la saltuarietà dell'ingerenza in relazione al tipo di bene non integreranno mai una condotta di natura possessoria. Lo stesso potrà dirsi per colui che si introduce in una casa temporaneamente disabitata per alloggiarci soltanto qualche notte, senza cioè stabilizzarsi in tale abitazione. Si tratterà evidentemente di un comportamento che non potrà integrare l'attività *ex art.* 1140 c.c.; tuttavia, quest'ultima soluzione, si noti, non è detto che venga sposata da chi considera sufficiente per l'instaurazione del potere di fatto l'ingerenza iniziale e la potenzialità di quella successiva (cfr. *supra* par. 2.3.).

obbligatoria varrà ad assorbire completamente l'accertamento della volontà di controllare la cosa con lo stesso grado di esclusività proprio del proprietario<sup>145</sup>. Il che non significa che la volontà non possa venire in considerazione quale elemento costitutivo, non della situazione di fatto ma del titolo (dello specifico atto negoziale o legale<sup>146</sup>) su cui questa si fonda. Sul punto è possibile fare alcune distinzioni. Il contegno psichico assumerà maggior peso con riferimento alle ipotesi in cui la detenzione si costituisce per fatto proprio del detentore come accade per la *negotiorum gestio*. Qui, infatti, la formulazione dell'art 2028 c.c. – e, in particolare, il lemma “scientemente” – non lascia dubbi circa la necessità di accertare l'intenzione di gestire un affare altrui<sup>147</sup>, cosa che viene confermata anche dalla giurisprudenza<sup>148</sup>. In tal caso, l'accertamento degli elementi della fattispecie che integrano la gestione – e, dunque, il titolo della detenzione – dipenderà dalla presenza di una specifica intenzione del gestore che è propria della particolare disciplina dell'istituto.

Si tratta, tuttavia, di un'ipotesi da tenere distinta dalla detenzione fondata su base contrattuale. Anche in quest'ultimo caso, la volontà assume rilevanza, in quanto, determinando la formazione del vincolo contrattuale, contribuisce a definire il contenuto del comportamento che le parti si sono obbligate a tenere reciprocamente rispetto al

---

<sup>145</sup> Analogamente, può dirsi per la fattispecie di tolleranza in cui l'accertamento dell'*animus*, come si vedrà (cfr. Cap. III, par. 2), diventa addirittura superfluo in presenza del comportamento di acquiescenza del precedente possessore: in questo caso, infatti, indipendentemente dalla sussistenza o meno degli elementi del possesso, la qualificazione in senso possessorio è esclusa “esternamente” dalla presenza degli atti di altrui tolleranza. In entrambi le ipotesi, di titolo e di tolleranza, il meccanismo probatorio che vale a sovvertire la presunzione esclude il possibile rilievo dell'intenzione di possedere.

<sup>146</sup> Con riferimento alla detenzione che si costituisce per esecuzione di un provvedimento giudiziale o amministrativo, nessun rilievo può assumere l'elemento intenzionale: la volontà del detentore, infatti, è totalmente estranea ai fini della determinazione del contenuto di provvedimento dell'autorità e, dunque, non lascia spazio ad accertamenti sull'*animus* del detentore.

<sup>147</sup> P. GALLO, *Gestione d'affari altrui*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, VIII, UTET, 1992, pp. 698–707.

<sup>148</sup> Cass. Civ. 7 ottobre 1973 n. 2512, per cui «la gestione d'affari e caratterizzata, oltre che dall'alienità del negozio e dall'utiliter coeptum, anche dalla intenzione di amministrare uno o più affari altrui, absente et inscio domino»; si precisa altresì che «il proposito di agire per conto e vantaggio di altri, cioè l'*animus aliena negotia gerendi*, può risultare anche dalle circostanze di fatti, e non deve necessariamente risultare da dichiarazione espressa del dominus negotii» (Cass. Civ. 13 marzo 1964 n. 550).

godimento del bene (stipulando una locazione, un comodato, un *leasing*, ecc.), ma senza diventare elemento direttamente costitutivo della situazione di detenzione. In altri termini, l'intenzione – o, meglio, l'incontro delle volontà tra detentore e possessore mediato – rileva soltanto indirettamente, in quanto contribuisce a dare contenuto al titolo e, di conseguenza, consente di individuare l'immagine specifica del rapporto obbligatorio su cui si modella il potere di fatto del detentore. Ciò, indipendentemente dalla validità o dall'efficacia del contratto stesso che, come si è detto, non dipende la sussistenza della situazione di fatto. Ebbene, l'operatività pressoché generalizzata in giurisprudenza di un meccanismo presuntivo che inferisce l'*animus* dalla presenza o meno di un elemento oggettivamente riscontrabile quale il titolo, consente di abbattere notevolmente le difficoltà pratiche dell'accertamento dell'intenzione, in favore di una maggiore certezza delle relazioni possessorie.

Non altrettanto agevole – in base all'attuale diritto vivente – risulta essere l'accertamento della situazione di fatto nelle ipotesi in cui sia incerta la consistenza dell'elemento materiale e, in particolare, se questo sia conservato o perso a seguito di una protratta inattività del possessore. Il problema come si è visto deriva dal persistente utilizzo di una impostazione soggettivista, che suole definire il *corpus* come *virtuale disponibilità* – e quindi come elemento espressivo di una potenzialità di recuperare il bene nel proprio materiale controllo – senza accompagnarvi, come avveniva in passato, un elemento intenzionale in grado di unificare gli episodi di assenza all'interno di un'unica volontà dominante. Ciò emerge dal riferimento incrociato che la giurisprudenza fa nel definire le nozioni di *animus derelinquendi* e di perdita della *virtuale disponibilità*: il primo si ha quando da chiari e inequivoci segni emerge l'impossibilità di recuperare il controllo sulla *res*; la seconda quando il possessore manifesta una volontà dismissiva. Si tratta di un approccio definitorio tautologico che finisce per elevare notevolmente i costi informativi dell'accertamento della vicenda.

La difficoltà di individuare criteri di accertamento dell'abbandono del possesso per fatto proprio dell'interessato ha conseguenze pratiche non da poco: la perdita della situazione sarà inevitabilmente subordinata al verificarsi di eventi esterni alla condotta quali il mutamento dello stato dei luoghi e l'altrui spoglio. Resterà marginale, invece, l'attenzione verso il contegno inerte del possessore che sia tale da far cessare *ex se* il potere di fatto sul bene.

Resta, dunque, aperto l'interrogativo circa il ruolo giocato dalla protratta inattività del possessore sul bene: può da questa conseguire la perdita della situazione o sarà sempre necessaria la materiale apprensione del bene da parte di un altro soggetto? Può l'assenteismo del possessore determinare *ex se* un oggettivo abbandono del possesso? Il quesito merita di essere affrontato in una prospettiva più generale che riesca a bilanciare le varie funzioni che il legislatore mira a perseguire con il diritto del possesso, coerentemente con la sua natura giuridica.

Ora, come insegna la dottrina gius-economica<sup>149</sup>, il criterio della virtuale disponibilità del bene e quello del controllo attivistico introducono due differenti standard di accertamento della continuità del possesso, il primo meno rigoroso, in quanto consente al possessore di allontanarsi dal bene senza incorrere nel rischio che tale contegno, fintantoché un terzo si appropri del bene, sia di per sé valutabile come dismissivo del possesso; il secondo, al contrario – anche nella sua accezione più moderna, che legge il comportamento non in chiave materiale ma funzionale – ammette la possibilità che l'inattività provochi *ex se* la perdita del possesso. Il secondo è più in linea con un'idea di possesso quale situazione di fatto e, quindi, dell'attività come effettivo esercizio di un potere; la prima, al contrario, introduce una nozione di possesso più vicina ad una situazione di diritto, in quanto ammette che quella situazione, *acquistata* con un determinato comportamento, possa essere conservata senza una continuità del medesimo contegno<sup>150</sup>.

Quali conseguenze provoca un rigoroso standard di accertamento della continuità del possesso? Costringe chi possiede in assenza di titolo a mantenere una maggiore prossimità al bene. Una risposta generica come questa, per quanto corretta, non appare invero soddisfacente, in quanto la perdita della situazione di fatto e della relativa tutela

---

<sup>149</sup> Y. CHANG, *The economy of concept and possession*, cit., p. 117: «once a party gets possession of a thing through actual control, the next question is how to maintain possession. The standard for continuous possession is critical, especially for adverse possessors».

<sup>150</sup> Se, infatti, il potere di fatto è un'attività sul bene, ed è dunque protetto dall'ordinamento in quanto *effettivo* esercizio corrispondente alla proprietà, allora né la volontà di continuare a possedere né una disponibilità solo *virtuale* del bene possono logicamente sopperire al persistente non uso del bene da parte del possessore. Quanto poi debba essere consistente questo non uso per approdare ad una perdita del possesso è questione che non può non tener conto del tipo di bene oggetto della situazione e della funzione economica che la sua utilità è idonea ad assolvere in favore dell'interessato.

non produce il medesimo risultato in termini di protezione del godimento della *res* per tutti i possibili possessori.

La differenza è apprezzabile guardando ai mezzi di tutela a cui il possessore (o detentore) può accedere sul piano petitorio. Così, richiedere un elevato standard di controllo della continuità del possesso incide più sfavorevolmente sul possessore *sine titulo* rispetto a quanto pregiudica un possessore-proprietario<sup>151</sup>. Per i soggetti dotati di un titolo di appartenenza, l'adozione di uno standard di continuità più stringente non li lascia sprovvisti di strumenti giuridici a protezione del proprio godimento, in quanto questi potranno comunque esperire le azioni a tutela del titolo, che prescindono dalla continuità del possesso<sup>152</sup>. Semmai, l'effettivo pregiudizio consisterà nella maggior difficoltà probatoria e nella minor rapidità di esecuzione dello strumento posto a tutela della situazione titolata rispetto a quello che protegge il possesso<sup>153</sup>. Al contrario, in un sistema che valuta l'inerzia quale comportamento in sé idoneo a far perdere la situazione di fatto, un possessore *sine titulo* sarà spinto a mantenere un controllo sul bene più stretto, in quanto con la dismissione del potere, egli perde anche l'unico mezzo di tutela del suo esclusivo godimento che l'ordinamento gli concede (l'azione possessoria).

---

<sup>151</sup> Si potrebbe aggiungere un'ulteriore distinzione tra titolare di un diritto reale e titolare di un diritto personale di godimento, in quanto soltanto il primo vanta una tutela giuridica *erga omnes* a prescindere dalla situazione di fatto. Diversamente il secondo è tutelato in via contrattuale nei confronti del solo obbligato, mentre non può esperire azioni recuperatorie contro i terzi, ma soltanto agire in via risarcitoria. Lo rileva ancora Y. CHANG, *The economy of concept and possession*, cit., p. 118 quando afferma che «*there is no obvious benefit in adopting a stringent standard of continuous possession, particularly when we take into account parties with only in personam possessory rights. Lease tenants in most civil law countries only have in personam possessory rights, protected by law under certain conditions (such as violent deprivation). A stringent standard for (continuous) possession (say, again, treating tenants who go out to work as terminating possession) would create legal hurdles for possessors without any conceivable benefits.*».

<sup>152</sup> Y. CHANG, op. cit., pp. 117-8 «*for property interest holders, whether they are regarded as possessors generally does not matter (unless it is difficult to prove titles other than being a possessor), since losing possession is not coterminous with losing title ... [they] still would work away from home, as long as they keep their titles and are able to exclude infringers based on their in rem rights.*».

<sup>153</sup> In questo senso, è noto come il vantaggio per il proprietario di poter esperire le azioni possessorie in luogo di quelle a difesa della proprietà (azione rivendicatoria) consista nella possibilità di accesso ad un rito sommario più celere e nell'esonero della *probatio diabolica* della bontà del suo acquisto della proprietà a titolo derivativo anche attraverso i propri dante causa, fino a risalire ad un acquisto a titolo originario oppure dimostrando l'intervenuta usucapione del bene in suo favore.

In altri termini, una nozione di potere di fatto coincidente con un controllo attuale ed effettivo determinerà per il possessore un sacrificio variabile, a seconda 1) che questi sia titolare o meno di una situazione di diritto; 2) dei rimedi che l'ordinamento predispone a tutela della situazione titolata e 3) del conseguente scarto in termini di rapidità e difficoltà probatoria che questi rimedi hanno rispetto a quelli inibitori previsti a tutela del possesso.

Il potere di fatto inteso quale virtuale disponibilità della *res*, invece, non crea questa diversificazione tra possessori titolati e non titolati in quanto assicura indistintamente ad entrambi l'esperibilità delle azioni possessorie, a prescindere dall'attivismo che questi dimostrano di avere sul bene. Ma così facendo si tradisce la logica sottesa alla nozione di possesso espressa dal codice e si impedisce di introdurre nel sistema una valutazione di operosità del godimento effettivo del bene.

Chiariti i termini della questione, è adesso possibile concentrare l'attenzione su un particolare conflitto, vale a dire quello intercorrente tra proprietario inerte e possessore non titolato che acquista la situazione a seguito di un atto di materiale apprensione del bene. Ciò consentirà di evidenziare la presenza di numerosi indici normativi che valorizzano l'attivismo possessorio quale ragione per favorire l'acquisto della situazione di fatto e, viceversa, che fanno dipendere l'affievolimento della tutela dell'esclusività del godimento in relazione a comportamenti di intensa inattività.

---

## CAPITOLO III – Il comportamento del proprietario nelle vicende del possesso altrui

---

### Sommario

1. Premessa. 2. Tolleranza e acquisto del possesso. 2.1. Struttura del comportamento di tolleranza. 2.2. (segue) natura giuridica della tolleranza. 2.3. Illiceità dell'attività tollerata. 2.4. Detenzione per tolleranza e tutela possessoria. 2.5. L'equilibrio economico nel rapporto tra proprietario e tollerato. 2.6. Cessazione della tolleranza e tutela dell'affidamento. 3. La tolleranza nella giurisprudenza dell'art. 1, I Prot., CEDU. 3.1. (segue) *espérance* del possessore e *tolérance* dello Stato. 3.2. (segue) il giusto equilibrio delle ipotesi di tolleranza. 4. Inerzia del proprietario e possesso; 4.1. Inerzia e illiceità dell'ingerenza. 4.2. Inerzia e imprescrittibilità della proprietà. 4.3. (segue) Il fondamento dell'usucapione (cenni). Aspettativa del possessore. 5. Abbandono della proprietà. 5.1. (segue) e abbandono del possesso. 6. Conclusione e brevi rilievi critici.

---

### 1. Premessa

L'analisi che è stata svolta nel precedente capitolo ha consentito di definire a grandi linee l'istituto del possesso nel Codice civile: i suoi elementi costitutivi; il ruolo giocato dal controllo materiale della *res* e dall'intenzione di possedere nell'accertamento nelle vicende di acquisto, conservazione e perdita del possesso; le differenze strutturali con l'istituto della detenzione (v. Cap. II). Questo preliminare studio consente di collocare l'oggetto di indagine del presente capitolo all'interno di un quadro teorico che sia coerente con il sistema delle situazioni di fatto considerate nel loro complesso.

Nella vicenda di acquisto di una situazione di fatto il comportamento del precedente possessore assume un ruolo determinante. Scopo di questo approfondimento è di analizzare le diverse forme del comportamento di un possessore che consentono l'appropriazione della cosa da parte di un terzo interessato ad utilizzarla.

In generale, quando l'acquisto del possesso deriva da uno spossessamento (e quindi non si è realizzato con la cooperazione del precedente possessore), l'atto di apprensione materiale del bene rappresenta, per chi lo subisce, un'interferenza nel suo possesso. Soltanto a seguito



della “mancata reazione” a tale interferenza, si determina il consolidarsi della nuova situazione di fatto in capo al terzo.

Tuttavia, in base al nostro ordinamento, le reazioni “passive” (o non reazioni) all’impossessamento altrui possono assumere un diverso tenore e, quindi, incidere diversamente sulla qualificazione dell’atto di apprensione. Come si avrà modo di approfondire in questo capitolo, infatti, la tolleranza dell’altrui ingerenza, espressamente regolata dal legislatore (art. 1144 c.c.) esclude l’acquisto del possesso (cfr. *infra* par. 2.). Diversamente, l’inerzia di fronte ad uno spoglio determinerà, con il passare del tempo, il consolidarsi della situazione in favore del nuovo possessore, il quale non sarà soggetto alle azioni possessorie di chi è rimasto inerte (cfr. *infra* par. 3.). Infine, la protratta inattività del primo possessore, può assumere rilevanza prima ancora che incorra l’ingerenza del terzo, qualora l’assenteismo del possessore sia talmente consistente da determinare un oggettivo abbandono della situazione: in quei casi più estremi di incuria e abbandono del bene, allora, l’altrui impossessamento non sarà *a priori* qualificabile come ingerenza illecita (cfr. *infra* par. 4.). Alcuni di questi atteggiamenti, come l’inerzia e la tolleranza, presuppongono l’incorrere di un’interferenza realizzata da un terzo per potersi manifestare. Al contrario, l’abbandono del possesso per prolungata inattività si verifica prima e indipendentemente dall’altrui intromissione.

In conclusione, il contegno tenuto dal precedente possessore nei confronti dell’usurpatore influenza la qualificazione della situazione possessoria altrui. Il confronto tra diversi atteggiamenti tenuti da parte del proprietario e precedente possessore, più o meno attivi rispetto alle interferenze sul bene, risulta di grande utilità nel presente studio. L’obiettivo è di dare maggiore certezza alla qualificazione in termini possessori di un uso conflittuale e incompatibile di una risorsa a fronte di un comportamento inattivo del soggetto cui il bene appartiene.

Tolleranza, inerzia ed eventuale abbandono del possesso, infatti, rappresentano diversi gradi di un generale assenteismo attuato da chi detiene la cosa. Lo scopo è, dunque, quello di accertare se e in che misura a diversi gradi d’inattività corrispondano qualificazioni differenti di un medesimo atto di apprensione del bene, e la relazione che intercorre tra questi. Quanto detto finora vale di regola indipendentemente dal fatto che il precedente possessore assenteista sia anche proprietario del bene. Gli effetti sul piano strettamente possessorio, infatti,

riguardano tanto il soggetto che ha un titolo per possedere quanto un soggetto che ne è sprovvisto.

Per orientare questo studio nella direzione generale della ricerca, si circoscriverà il discorso assumendo che la condotta assenteista sia attuata non da un generico possessore ma dal proprietario-possessore della *res*. Tale scelta non è mossa da una mera esigenza esplicativa ma dal particolare significato giuridico che assume l'inattività del proprietario del bene oggetto dell'altrui impossessamento.

Il fatto che a tollerare, essere inerte o abbandonare il bene sia il proprietario non ha effetti soltanto sul piano possessorio. Queste particolari condotte costituiscono moduli comportamentali sussumibili tutti all'interno della facoltà di *non uso* del bene, la quale rientra tra i legittimi modi in cui il proprietario può esercitare le sue prerogative.

L'esercizio di qualsiasi diritto, e quindi anche il diritto di proprietà, è soggetto a limiti imposti dall'ordinamento per evitare il sacrificio di contrapposti interessi.

Il non uso prolungato del proprietario può essere idoneo a far sorgere interessi in capo ad altri soggetti, che, proprio a causa di quel particolare modo di esercitare la proprietà, hanno usato la cosa. Il punto diventa comprendere in che modo l'ordinamento scelga di bilanciare i contrapposti interessi tra questi soggetti e il proprietario, nel caso in cui questi voglia rientrare nella esclusiva disponibilità della cosa. Una volta che il non uso ha favorito l'instaurarsi di una relazione tra un terzo e il bene o, addirittura, tra quel terzo e il proprietario, come deve essere valutata la successiva decisione di quest'ultimo di esercitare la sua facoltà di esclusione? Lo *jus excludendi* sarà liberamente esercitabile da parte del proprietario inattivo?

Tali interrogativi toccano il cuore del problema giuridico oggetto del presente studio, vale a dire se è possibile trovare un punto di equilibrio all'interno del conflitto tra un contegno assenteista del proprietario e l'interesse ad utilizzare il medesimo bene da parte di un soggetto non proprietario. La questione, come si è detto e si ripeterà nel proseguimento del lavoro, è di particolare interesse rispetto alle situazioni di fatto abitative, in cui l'interesse a godere di una casa si pone in conflitto con il non utilizzo del medesimo bene da parte del proprietario dell'abitazione. La relazione conflittuale tra proprietà assenteista e utilizzo di fatto è stata evocata a più riprese da chi si è avvicinato al tema del diritto alla casa, ma mai assumendo come angolo visuale privilegiato l'istituto del possesso e i comportamenti inattivi del proprietario.

## 2. Tolleranza e acquisto del possesso\*

A fronte di un atto di ingerenza compiuto da un terzo su un bene altrui, il Codice civile contempla esplicitamente soltanto il comportamento di tolleranza, attribuendogli specifici effetti sul piano possessorio. L'art. 1144 c.c., infatti, dispone che «*gli atti compiuti con l'altrui tolleranza non possono servire di fondamento all'acquisto del possesso*». In via di prima approssimazione, la fattispecie descrive un atteggiamento di carattere omissivo tenuto dal proprietario a fronte di un'ingerenza del terzo sul bene.

In realtà la disposizione non menziona esplicitamente il proprietario ma più in generale il soggetto che subisce gli atti di interferenza del proprio godimento<sup>1</sup>. La regola di esclusione del possesso, quindi, trova applicazione anche nei conflitti tra due possessori non titolari. Come dimostrano i principali studi in materia<sup>2</sup>, tuttavia, è la tolleranza del *proprietario* a meritare primaria attenzione. Infatti, in questo caso, il comportamento non costituisce soltanto l'elemento fattuale che fa scattare l'effetto impeditivo *ex art. 1144 c.c.*<sup>3</sup>, ma anche una particolare forma di esercizio del diritto<sup>4</sup> che, come tale, deve essere considerata. Questa precisazione, se può apparire marginale in questa prima analisi degli effetti della tolleranza nel possesso, si rivelerà essenziale nel prosieguo per indagare le conseguenze giuridiche che il medesimo

---

\* Le parti riguardanti la tolleranza nei rapporti dominicali (v. parr. 1. e 2.) rappresentano lo sviluppo e la rielaborazione di una riflessione sorta durante la preparazione della tesi di laurea, A. DINISI, *Disciplina dei beni e principio di tolleranza nel diritto europeo*, Università degli Studi di Pisa, Pisa, 2016 (reperibile al sito <https://etd.adm.unipi.it>, ultima consultazione: 4 marzo 2019).

<sup>1</sup> Si è così ritenuto impreciso il costante riferimento della dottrina alla tolleranza del *proprietario*. V. sul punto B. TROISI, C. CICERO, *I possessi*, in *Trattato di diritto civile*, dir. da P. PERLINGIERI, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, p. 98.

<sup>2</sup> Tra le principali riflessioni sul tema, parla di «*precedente possessore*» soltanto R. SACCO, *Tolleranza (in tema di possesso)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, UTET, Torino 2012. Al contrario, si concentrano sulla tolleranza del «titolare», G. SICHIERO, *Voce Tolleranza*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, UTET, Torino 1999; S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Jovene, Napoli 1978; ID., *Tolleranza (atti di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 1992.

<sup>3</sup> Il cd. *effetto possessorio negativo*, come di recente definito da E. CARBONE, *Tolleranza e buona fede nel possesso. Successione, accessione e cose fuori commercio. Artt. 1144-1147*, Giuffrè, Milano 2019., pp. 53 ss.

<sup>4</sup> Tra i primi a rilevarlo, U. RUFFOLO, *Tutela possessoria delle servitù non apparenti ed «atti di tolleranza» nel quadro delle teorie (e ideologie) del possesso*, in *Rivista di diritto civile*, 1974, pp. 353 ss., in particolare, p. 370.

comportamento può avere a livello sistematico quando a tenerlo sia il titolare del diritto.

A dispetto dell'apparente operatività residuale, la disposizione svolge una funzione centrale nella qualificazione dell'attività possessoria. Insieme al titolo negoziale costitutivo della detenzione, infatti, essa contribuisce ad accertare quando un'attività di godimento sul bene possa essere qualificata come possesso<sup>5</sup>. Gli effetti impeditivi di un'accertata tolleranza del proprietario attengono sia alla regolazione interinale del possesso – *id est* esercizio delle azioni possessorie e disciplina dei frutti – che agli acquisti a titolo originario della proprietà. Infatti, è l'acquisto della situazione nel suo insieme ad essere impedito e non soltanto alcuni specifici effetti della fattispecie<sup>6</sup>.

Il riferimento al solo *acquisto* consente, inoltre, di escludere che il possesso possa venir meno, una volta ottenuto, a causa del successivo incorrere di una manifestazione di tolleranza da parte del proprietario<sup>7</sup>. Una volta che l'acquisto del potere di fatto da parte del possessore si è verificato, il proprietario non potrà recuperare il proprio controllo sul bene semplicemente manifestando *ex post* la sua tolleranza, ma dovrà esperire le proprie facoltà dominicali ovvero, qualora sia ancora nei termini, lamentare la lesione della sua precedente situazione di possesso attraverso l'azione di reintegrazione.

Dal punto di vista della fattispecie possessoria, la tolleranza del proprietario influenza dall'esterno la qualificazione dell'altrui impossessamento, escludendo l'acquisto della situazione di fatto nonostante la

---

<sup>5</sup> A conferma del progressivo acquisto di centralità della disposizione in commento basta richiamare la massima giurisprudenziale in base alla quale «*spetta a colui che contesta tale potere l'onere di provare che l'attività materiale corrispondente al possesso sia iniziata come mera detenzione (o come possesso precario), ovvero per tolleranza del titolare del diritto*» (Cass. Civ., Sez. II, 04 aprile 2006, n. 7817, in *leggiditalia.it*). La tolleranza rappresenta, così, uno dei due fatti (insieme al titolo negoziale che fonda la detenzione) che consentono di sovvertire la presunzione di possesso.

<sup>6</sup> E. CARBONE, *Tolleranza e buona fede nel possesso. Successione, accessione e cose fuori commercio. Artt. 1144-1147*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 54, che vede nell'esclusione dell'acquisto del possesso *tout court* un elemento di novità rispetto al precedente codice del 1965 in cui la tolleranza valeva ad escludere il solo possesso legittimo.

<sup>7</sup> F. DE MARTINO, *Del possesso. Art. 1140-1172.*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA, Zanichelli, Bologna 1984, p. 23. Cfr. Cass. Civ., 29 novembre 2002, n. 16956, in *Arch. Civ.*, 2003, 974 per cui «*gli atti di tolleranza, ai sensi dell'art. 1144 c.c., rilevano solo come ragione ostativa dell'acquisto del possesso, ma non incidono su di un possesso già costituito*»; v. anche Cass. Civ., 20 luglio 1991, n. 8119, in *Arch. Civ.*, 1992, 287; Cass. Civ. 29 novembre 2002, n. 16956, in *Giust. Civ.*, 2003, I, p. 2425.

sua astratta configurabilità. In termini processualistici, quindi, la tolleranza costituisce un fatto impeditivo, in quanto esclude la configurabilità di una fattispecie astratta che senza l'incorrere di questo fatto sarebbe provvista di tutti i suoi elementi costitutivi.

Sebbene il dato normativo sia abbastanza univoco a riguardo, dottrina<sup>8</sup> e giurisprudenza<sup>9</sup> più risalenti hanno argomentato diversamente: la tolleranza andrebbe a condizionare, escludendolo, l'elemento psicologico del possesso. Valorizzando (eccessivamente) l'efficacia normativa della rubrica dell'art. 1144 c.c.<sup>10</sup>, si è così sostenuto che la consapevolezza dell'intruso di essere tollerato escluderebbe internamente la volontà di possedere.

Ora, considerare la tolleranza del proprietario un fatto esterno rispetto alla fattispecie di possesso, sembra preferibile per ragioni letterali e funzionali, senza che sia necessario in tal sede riproporre i rilievi critici mossi alle teorie soggettiviste del possesso (cfr. *supra* Cap. II, par. 4.). In primo luogo, l'art. 1144 c.c. fa riferimento a *l'altrui tolleranza* – da cui è implicitamente ricavabile anche la rilevanza della volontà del proprietario di sopportare l'ingerenza – ma non menziona lo stato soggettivo di chi compie gli atti tollerati. Inoltre, se l'esclusione del possesso dipendesse dalla consapevolezza di essere tollerati e, quindi, dall'assenza di *animus*, la disposizione sarebbe priva di qualsiasi autonomia

---

<sup>8</sup> Cfr. U. BISEGNA, *Tolleranza (Atti di)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, Torino 1973; E. PROTETTI, *Gli atti di tolleranza*, in *Giurisprudenza agraria italiana*, 1964, pp. 667 ss.

<sup>9</sup> Tra le più risalenti, Cass. Civ., 2 ottobre 1962, n. 2798; C. App. Trieste, 30 novembre 1959, in *Giust. civ.*, 1960, p. 813; ma di recente anche Cass. Civ., 21 ottobre 1991, n. 11118, in *Mass. Giur. It.*, 1991.

<sup>10</sup> È noto come la rubrica dell'articolo "*atti di tolleranza*" abbia fatto discutere in dottrina a causa della sua ambigua formulazione. L'imprecisione consiste nel riferire al medesimo soggetto (il terzo possessore) sia il compimento degli atti di ingerenza sia la tolleranza. La rubrica in sostanza suggerisce che la disposizione prescinda dalla sfera soggettiva di colui che tollera ma si concentri unicamente sul comportamento del possessore e sulla sua consapevolezza di essere tollerato (S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, cit., p. 11). Rispetto al testo della disposizione (e, in particolare, al riferimento all'*altrui tolleranza*) e al modo in cui questa viene applicata, però, è chiaro che gli atti posti in essere dal possessore siano logicamente distinti dalla tolleranza del proprietario. La rubrica, quindi, sarebbe stata più chiara se avesse parlato di "*atti tollerati*" così da far intendere che i suddetti atti rappresentino l'oggetto della tolleranza altrui e non della convinzione di essere tollerati (G. SICCHIERO, (voce) *Tolleranza*, cit., p. 372). Tale ambiguità ha contribuito ad alimentare un'interpretazione restrittiva della disposizione che mira ad appiattire la tolleranza all'interno dell'*animus possidendi*.

operativa: il mancato acquisto sarebbe già il risultato dell'applicazione della definizione (soggettivista) di possesso. Al contrario, come si è ribadito, la disposizione ha una finalità ostativa in quei casi in cui il possesso sarebbe astrattamente configurabile<sup>11</sup>. Né convince l'idea di legare l'assenza di *animus* nel tollerato alla necessaria percepibilità all'esterno della volontà di tollerare: come si dirà meglio in seguito, la tolleranza può essere esternata indipendentemente dalla consapevolezza che di tale contegno possa avere il soggetto che se ne avvantaggia, il quale potrebbe agire senza tener di conto dell'altrui *permissio* o addirittura ignorandola<sup>12</sup>. In realtà, richiedendo che il comportamento di tolleranza debba essere esternato e, quindi, quanto meno sia conoscibile da parte del tollerato, non si vuole al contempo sostenere una necessaria conoscenza, preclusiva dell'*animus domini*. La necessaria esternazione assolve una funzione pratica diversa, e cioè quella di risolvere un problema di accertamento rispetto al significato di un contegno omissivo del proprietario, non sempre agevolmente distinguibile da comportamenti affini (sul punto più diffusamente in par. successivo).

---

<sup>11</sup> Si noti che anche la dottrina soggettivista più recente concorda sulla funzione impeditiva dell'art. 1144 c.c. e sulla sua autonomia operativa: R. SACCO, *Tolleranza (in tema di possesso)*, cit., pp. 1051: «il codice, quando tuona che l'atto di tolleranza non fonda un possesso, si preoccupa dell'ipotesi in cui l'agente abbia l'*animus domini*. Invero, là dove l'*animus domini* manca, il possesso non esiste per fatto che senza *animus domini* non c'è possesso. Là dove l'*animus domini* manca l'art. 1144 è superfluo». Altri autori approdano a medesime conclusioni senza scomodare l'*animus* ma guardando alla situazione possessoria nel suo insieme, v. S. PATTI, *Tolleranza (atti di)*, cit., pp. 703 ss.; G. SICCHIERO, *Tolleranza*, cit., pp. 374–5. D'altra parte, prescindere dall'intento del possessore consente di collocare senza incertezze la vicenda in esame al di fuori dell'ambito negoziale, che diversamente porterebbe a risolvere la tolleranza (insieme alla consapevolezza della controparte) in un consenso tacito del proprietario alla rinuncia o addirittura ad attribuire alla controparte un diritto all'utilizzazione della cosa (v. *infra* par. 2.2.).

<sup>12</sup> S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Jovene, Napoli 1978. pp. 14-5; ID., *Possesso. Artt. 1140 - 1157*, in A. JANNARELLI, F. MACARIO (a cura di), *Commentario del Codice civile. Della proprietà. Artt. 1100-1172*, UTET Giuridica, Torino 2013, pp. 588; aderisce parzialmente E. CARBONE, *Tolleranza e buona fede nel possesso*, cit., il quale, pur richiedendo che il tollerato abbia percezione della tolleranza (p. 41), al contempo ritiene che tale percezione non valga per forza ad «escludere che questi agisca con animo di dominio» (p. 38). In altri termini, anche volendo ammettere la rilevanza dell'*animus possidendi* del tollerato, non si vede perché questo elemento dovrebbe essere necessariamente escluso dalla *permissio* del proprietario. Al massimo, la consapevolezza di essere tollerati potrà essere idonea ad escludere la buona fede del possessore, ma non certo un più generico intento dominativo che non equivale a “credersi” proprietario.

La giurisprudenza, dal canto suo, sicuramente influenzata dall'impostazione soggettivista, si mantiene ambigua: la maggior parte delle pronunce parla infatti di «*consapevolezza da parte del beneficiario che il godimento può essere fatto cessare in qualsiasi momento con un atto di proibizione del dominus*»<sup>13</sup>. Così, pur richiamando la consapevolezza del tollerato come stato psicologico rilevate per la fattispecie, al contempo, non fa un riferimento esplicito all'esclusione dell'*animus possidendi*. La consapevolezza di una possibile futura *prohibitio* sembra quindi essere rilevante per la giurisprudenza ad altri fini, diversi dall'esclusione interna della situazione di possesso.

Ora, se le considerazioni appena svolte – circa l'operatività esterna della tolleranza quale fatto impeditivo del possesso – sono fondate per l'elemento intenzionale, coerentemente devono essere mantenute anche rispetto al rapporto tra tolleranza ed elemento *oggettivo* dell'altrui possesso. Per questo motivo non pare condivisibile l'indirizzo della dottrina secondo cui gli atti tollerati si limitano a forme di ingerenza di ridotta consistenza, sia sotto il profilo temporale che del contenuto. Si è affermato in passato che gli atti per cui è escluso il possesso *ex art. 1144 c.c.*, siano caratterizzati, da una parte, da un *uso transitorio* o *saltuario del bene*, in ogni caso di scarsa durata, e, dall'altra, da un *godimento di portata modesta* che incide debolmente sull'esercizio del diritto da parte del titolare<sup>14</sup>.

L'orientamento ha trovato seguito anche nella giurisprudenza, che in alcune pronunce ha escluso che un possesso pieno e duraturo

---

<sup>13</sup> Cass. civ., 10 aprile 1986, n. 2497, in *Mass. Giur. it.*, 1986; Cass. Civ., 30 giugno 1987, n. 5746, in *Mass. Giur. it.*, 1987; Cass. Civ., 21 ottobre 1991, n. 1111, in *Mass. Giur. it.*, 1991; Cass. Civ., 01 marzo 1993, n. 2520, in *Mass. Giur. it.*, 1993. Si tratta di una finzione giuridica di cui la giurisprudenza si avvale per superare il precedente indirizzo; cfr. E. MARANGONI, *Il godimento di un bene legittimato dalla tolleranza del proprietario*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 18, 3, 2002, p. 397; F. PARENTE, *Atto tollerato e fatto impeditivo del possesso*, in *Giurisprudenza italiana*, 3, 2002.

<sup>14</sup> Cfr. U. NATOLI, *Il possesso*, Giuffrè, Milano 1992, p. 56 per cui «*si tratta necessariamente di atti che incidono in misura esigua sulla concreta utilizzazione del bene e, si aggiunge, in modo saltuario, transitorio e non in conflitto con o in modo da impedire il godimento del titolare del diritto o del possessore*»; in senso analogo anche E. PROTETTI, *Gli atti di tolleranza*, cit., p. 669. Al contrario, E. CARBONE, *Tolleranza e buona fede nel possesso*, cit., pp. 48 ss., attribuisce al fattore temporale una posizione centrale, in quanto da esso dipendono effetti ulteriori della fattispecie (rispetto a quello normativamente previsto dall'art. 1144 c.c.), tra cui l'affidamento del tollerato (cfr. *infra* par. 2.6.).

possa essere oggetto di tolleranza<sup>15</sup>. La conseguenza è quella di limitare l'applicazione della disposizione ad un novero ristretto di intrusioni e, in ultima istanza, di riproporre anche rispetto al *corpus* il criticabile meccanismo che mira a svuotare l'operatività della disposizione: i comportamenti transitori e saltuari, come gli usi limitati e di modesta portata, escludono – salvo casi residuali – il possesso per la carenza *ex se* di un'attività, senza che il comportamento tollerante abbia alcun autonomo effetto sull'acquisto del possesso.

Maggiormente condivisibili sono, invece, quelle pronunce che si avvalgono del modo di manifestarsi dell'elemento oggettivo – nei termini sopra richiamati – soltanto per *presumere* l'assenza della tolleranza e, quindi, con effetti squisitamente probatori. In altri termini, la durata, la continuità e l'entità dell'attività di godimento sono indici di cui la giurisprudenza si avvale per distribuire diversamente l'onere probatorio<sup>16</sup>. Di regola, la tolleranza deve essere provata dal proprietario che voglia escludere l'acquisto dell'altrui possesso. Così, la giurisprudenza da ultimo richiamata applica due meccanismi presuntivi: per le ingerenze di breve durata e modesto godimento la tolleranza è presunta; per i rapporti di lunga durata che sono fondati su rapporti di mera amicizia o vicinato, la presunzione è di *assenza di tolleranza*; tuttavia, quando è rinvenibile un vincolo di parentela tra le parti che sia tale da giustificare l'intento di tollerare anche per lunghi periodi, l'onere della prova torna a carico del proprietario.

La ragione pratica di tale indirizzo giurisprudenziale si spiega in relazione all'effetto acquisitivo dell'istituto dell'usucapione: nelle ipotesi di ventennale utilizzo della cosa, la difficoltà di distinguere un comportamento di tolleranza da un generico disinteresse rispetto ai propri beni che escluda l'applicazione dell'art. 1144 c.c. ha spinto la

---

<sup>15</sup> Cfr. Cass. Civ., 29 maggio 2015, n. 11277, in *Imm. e propr.*, 2015, 8-9, p. 534; Cass. Civ., 8 giugno 2007, n. 13443, in *leggiditalia.it*; Cass. Civ., 24 novembre 2003, n. 17876, *Giust. Civ. Mass.*, 2003, p. 11; Cass. Civ., 22 maggio 1990, n. 4631, in *Arch. Civ.*, 1990, p. 1020; Cass. Civ., 25 febbraio 1986, n. 1185, in *Mass. Giur. It.*, 1986; nel merito Trib. Brindisi, 25 luglio 2017, n. 1350, in *dejure.it*; Trib. Salerno, 13 gennaio 2016, n. 168, in *dejure.it*.

<sup>16</sup> Cass. Civ., 06 dicembre 2018, n. 31638, in *dejure.it*; Cass. Civ., 16 aprile 2018, n. 9275, in *dejure.it*; Cass. Civ., 11 febbraio 2009, n. 3404, in *dejure.it*; Cass. Civ., 20 febbraio 2008, n. 4327, in *dejure.it*; Cass. Civ., 18 giugno 2001, n. 8194, in *Nuova Giur. Civ.*, 2002, I, p. 387 con nota di E. MARANGONI, cit., e in *Giur. It.*, 2002, p. 478 con nota di F. PARENTE, cit.; nel merito, Trib. Modena, 17 aprile 2012, n. 642, in *Giurisprudenza locale - Modena*, 2012.



giurisprudenza a concepire meccanismi che favoriscano la posizione del possessore che effettivamente utilizza il bene per un così lungo lasso di tempo. Si tratta di un *favor* generale che l'ordinamento dimostra verso chi effettivamente utilizza la cosa e che va a discapito del legittimo proprietario disinteressato (almeno in via presuntiva) alla cura dei propri beni. Questa soluzione dal punto di vista tecnico è sicuramente eterodossa, in quanto presuppone che un soggetto non possa tollerare delle intrusioni per il solo fatto di essere consistenti e durature; tuttavia, ha suscitato il plauso della dottrina più sensibile a esigenze di certezza delle relazioni possessorie<sup>17</sup>. D'altro canto, la versione più estrema dell'indirizzo – che incide sulla nozione di atti tollerati invece di agire sul piano probatorio – avrebbe un risultato eccessivamente limitativo dell'operatività della disposizione, con conseguenze anche sul piano dell'efficienza. L'art. 1144 c.c., infatti, se da una parte impedisce il possesso (e in prospettiva l'usucapione), per la stessa ragione, incentiva il proprietario a tollerare, incoraggiandolo a sopportare quelle ingerenze che non ha interesse a contrastare, se non quello di evitare di perdere il proprio diritto in futuro. Un'applicazione estensiva della disposizione favorisce, dunque, quella «*rete di scambi informali, mutuamente benefici, che presuppongono la libera revocabilità della tolleranza*»<sup>18</sup>.

Il meccanismo presuntivo, allora, potrebbe consentire il raggiungimento di un equilibrio tra l'obiettivo della logica efficientista e quella solidarista sopra esposte. Ma per raggiungere questo risultato, è necessario abbandonare rigidi automatismi legati alla durata, continuità e consistenza dell'ingerenza tollerata. Di conseguenza, la parte onerata potrà comunque provare la sua tolleranza anche di fronte a un possesso duraturo e pieno. In questo caso, la prova che la mancata reazione per lungo tempo sia riconducibile al fatto impeditivo della tolleranza sarà più ardua da dimostrare in assenza di un rapporto di parentela – non essendo sufficiente allegare che l'inattività rappresentava l'espressione di una forma di solidarietà di vicinato – ma potrà comunque essere raggiunta con altri mezzi<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> S. PATTI, *La tolleranza del titolare del diritto impedisce l'acquisto del possesso del terzo (nota a Cass., 13 settembre 2004, n. 18360)*, in *Immobili & Diritto*, n. 2, 2005, pp. 81–85; ID., *Possesso. Artt. 1140 - 1157*, in A. JANNARELLI, F. MACARIO (a cura di), *Commentario del Codice civile. Della proprietà. Artt. 1100-1172*, UTET Giuridica, Torino 2013, pp. 600-1.

<sup>18</sup> R. CATERINA, R. SACCO, *Il possesso*, cit., p. 150.

<sup>19</sup> E. CARBONE, *Presunzione legale di possesso e regola di giudizio per l'usucapione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2, 2012, p. 297: «*la proratta durata dell'impiego del bene viene considerata normalmente incompatibile con la tolleranza, essendo quest'ultima una situazione ordinariamente*

In conclusione, la disposizione serve ad escludere il possesso in quelle ipotesi in cui la mancata reazione del proprietario non è espressione di un totale disinteresse, ma dell'intento di mantenere il controllo del bene su cui un terzo sta svolgendo un'attività possessoria. Un simile atteggiamento per potersi distinguere da quello del proprietario totalmente inerte ha bisogno di una manifestazione esteriore minima da cui sia possibile dedurre questo intento di mantenimento del controllo sulla *res*. A determinare l'incidenza del comportamento tollerante nell'acquisto del possesso è il modo in cui questo si manifesta in concreto, con esplicite dichiarazioni o anche attraverso atteggiamenti non verbali ma altrettanto univoci. Nell'indagine circa il contenuto di questo comportamento sarà opportuno ampliare il discorso in una prospettiva più generale che non guardi soltanto ai suoi effetti sull'acquisto del possesso: questa momentanea astensione da parte del titolare deve essere considerata non soltanto come fatto rilevante della vicenda possessoria, ma anche come esercizio della facoltà di escludere (o non escludere) chi interferisce con il proprio godimento della cosa.

## 2.1. Struttura del comportamento di tolleranza

La definizione del comportamento di tolleranza richiede di prendere le mosse dalla disciplina possessoria per adottare una prospettiva più generale che consenta di chiarirne la struttura e soprattutto le sue differenze con altre figure apparentemente affini, come l'inerzia. Nel diritto civile la nozione di tolleranza ha un significato anfibologico: la dottrina ha distinto (almeno) due accezioni differenti del concetto, a cui l'ordinamento attribuisce distinte funzioni<sup>20</sup>.

In base ad una prima accezione, la sopportazione viene "imposta" dall'ordinamento al titolare del diritto a seguito di una ponderazione oggettiva di interessi confliggenti che rende opportuno il temperamento della regola generale, che qualificherebbe come antiggiuridica una certa condotta: la tolleranza qui è il risultato pratico

---

*transitoria – quantomeno, al di fuori dei rapporti di parentela –, sicché deve il convenuto in usucapione provare le circostanze d'una permissio di lungo corso».*

<sup>20</sup> S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, cit., pp. 2–3; G. SICCHIERO, (voce) *Tolleranza*, cit., p. 372. Più di recente hanno affrontato la tolleranza nel diritto civile in generale, G. FOTI, *Riflessioni sul «dovere» giuridico di tollerare nei rapporti interprivati: quo usque tandem?*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2012; A. MUSIO, *Il principio di tolleranza nel diritto civile*, in *Contratto e impresa*, 2017, pp. 403-31.

dell'applicazione – in vari settori dell'ordinamento<sup>21</sup> – di regole che servono a spostare al di fuori dell'area dell'illiceità una condotta che viola la sfera giuridica di un soggetto, inibendo *a priori* la protezione del titolare. In tali ipotesi, è l'ordinamento che stabilisce quando all'ingerenza possa corrispondere una reazione concessa dall'ordinamento e quando, invece, al soggetto leso sarà imposta la sopportazione della condotta della controparte.

Alla seconda accezione appartiene la tolleranza che interessa i rapporti possessori. Si tratta di un comportamento che viene spontaneamente attuato dal titolare del diritto il quale avrebbe la facoltà di reagire all'intrusione altrui, ma, per le più svariate ragioni, tollera l'ingerenza senza avvalersi dei rimedi a sua disposizione, ma senza neanche per questo solo fatto voler rinunciare alla sua posizione giuridica di vantaggio. Rispetto alla prima accezione di tolleranza, qui il rapporto tra il momento fattuale e quello giuridico risulta logicamente invertito, in quanto il fatto di tollerare precede l'effetto giuridico e non viceversa.

Il fenomeno appena descritto non acquista rilevanza giuridica soltanto in ambito possessorio. È stato rilevato<sup>22</sup> come anche la

---

<sup>21</sup> Afferiscono a questa nozione di tolleranza varie disposizioni in materia contrattuale (G. SICCHIERO, op. loc. ult. cit.): si impone così di *tollerare* – e quindi non risolvere – un contratto rimasto inadempito, quando l'inadempimento non abbia il carattere della gravità (art. 1455 c.c.); di *tollerare* l'inadempimento della controparte qualora chi lo invoca sia a sua volta inadempiente (art. 1460 c.c.); di *tollerare* i vizi della cosa venduta che non incidano in modo apprezzabile sull'idoneità dell'uso o sul prezzo (art. 1490 c.c.). In queste disposizioni solo tal volta si fa riferimento al termine tollerare, ma in ogni caso vi è un'imposizione giuridica di sopportazione dell'ingerenza. A questa categoria, è riconducibile anche la disposizione in materia di immissioni (art. 844 c.c.) che merita particolare attenzione perché introduce al contempo una terza funzione della tolleranza, come criterio di bilanciamento di interessi in conflitto (lo segnala, E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e responsabilità civile*, in *Enciclopedia del Diritto. Annali*, Giuffrè, Milano 2014, p. 349, nota 52): la *tolleranza* imposta al proprietario immesso è a sua volta subordinata a una valutazione di *normale tollerabilità*.

<sup>22</sup> Il riferimento è al contributo di S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, cit., pp. 123 ss.: oltre al settore dei diritti reali – in cui opera in materia possessoria (1144 c.c.) e di accessione (936 c.c.) – gli effetti della tolleranza sono stati analizzati rispetto al rapporto obbligatorio (tolleranza dell'adempimento inesatto o tardivo), alla rappresentanza, alla tutela della riservatezza, all'uso del marchio e, infine, nel rapporto di lavoro. Una considerazione della tolleranza come istituto generale ha consentito di mettere in luce, come si vedrà, gli effetti che tale contegno può avere non solo nei confronti dell'intruso ma verso il proprietario che tollera (cfr. *infra* parr. successivi). L'analisi a tutto campo del comportamento tollerante è stata poi ripresa da G. SICCHIERO, *Tolleranza*, cit., pp. 371 ss.

tolleranza-comportamento sia presente in diversi settori dell'ordinamento: una considerazione unitaria del concetto consente, dunque, di metterne in luce i possibili effetti oltre a quello possessorio negativo che viene esplicitato dall'art. 1144 del Codice civile. Tuttavia, prima di addentrarsi nel tema degli effetti, è opportuno chiarire quando si ha tolleranza e quando invece l'omessa reazione è riconducibile a un mero disinteresse del proprietario.

Generalmente la tolleranza può essere definita un atteggiamento di *spontanea e consapevole sopportazione* dell'altrui ingerenza (*scientia e patientia*)<sup>23</sup>.

Tale nozione trova ad oggi un diffuso consenso. Meno chiaro è come la conoscenza e la sopportazione si combinino tra loro nell'accertamento della tolleranza. Per chiarire questo aspetto è necessario analizzare singolarmente i due elementi. Innanzitutto, la *scientia* dell'intrusione rappresenta il necessario presupposto del comportamento: logicamente ineccepibile è il rilievo per cui «*l'ignaro non può tollerare o inibire*»<sup>24</sup>. Oltre a considerazioni teoriche dettate dalla necessità che la manifestazione positiva di sopportazione sia il risultato di una scelta conseguente all'intrusione, vi sono anche chiare indicazioni legislative che richiamano la consapevolezza del tollerante: l'art. 936 c.c., 4° co., c.c. infatti stabilisce che «*il proprietario non può obbligare il terzo a togliere le piantagioni, costruzioni ed opere, quando sono state fatte a sua scienza e senza opposizione*». Questa disposizione, oltre a concepire un effetto ulteriore all'esclusione del possesso, sfavorevole nei confronti di chi tollera<sup>25</sup>,

---

<sup>23</sup> E. CARBONE, *Tolleranza e buona fede nel possesso*, cit., pp. 39 ss. e 42 ss.; G. SICCHIERO, *Tolleranza*, cit., p. 372.

<sup>24</sup> A. CANDIAN, *Atto autorizzato, atto materiale lecito, atto tollerato. contributo alla teoria dell'atto giuridico*, in AA. VV. (a cura di), *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, III, CEDAM, Padova 1950, p. 474. In senso analogo, S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, cit., p. 65, secondo cui «*non si può tollerare ciò di cui non si ha conoscenza*»; aderisce alla tesi anche G. SICCHIERO, (*voce*) *Tolleranza*, cit., p. 373. Già in alcuni passi di Ulpiano è possibile individuare un forte legame tra tolleranza e conoscenza. Così in *D.14.IV.1.3*: «*Scientiam hic eam accipimus, quae habet et voluntatem, sed ut ego puto, non voluntatem, sed patientiam: non enim velle debet dominus, sed non nolle. si igitur scit et non protestatur et contra dicit, tenebitur actione tributaria*». Ringrazio il Dott. ALESSANDRO GRILLONE per l'utile scambio sul punto.

<sup>25</sup> Già U. RUFFOLO, *Tutela possessoria delle servitù non apparenti ed «atti di tolleranza»*, cit., p. 374, rileva come la disposizione di cui all'art. 936, 4° co., c.c. produca effetti di segno opposto rispetto a quelli di cui all'art. 1144 c.c.

indica con maggiore precisione alcuni caratteri del comportamento tollerante, richiamando esplicitamente la conoscenza dell'ingerenza<sup>26</sup>.

Rispetto, invece, al contenuto positivo della tolleranza, questo consisterebbe in una sopportazione permissiva (la c.d. *patientia*), che non implica la rinuncia alle prerogative legate al diritto leso, se non quella di esercitare il rimedio contro l'intrusione del tollerato.

Ora, mentre è generalmente condivisa l'idea per cui la mancata conoscenza dell'intrusione da parte del proprietario varrebbe da sola ad escludere a monte l'applicabilità della tolleranza<sup>27</sup>, vi è maggiore contrasto circa la funzione qualificante di una manifestazione positiva di sopportazione, al fine di distinguere la tolleranza dalla mera inerzia (non impeditiva del possesso e produttiva di differenti effetti giuridici; cfr. *infra* par. 4.). Secondo alcuni autori, la funzione di specificazione del generico contegno di non reazione verrebbe assunto dalla conoscenza dell'intrusione, presente nella tolleranza ed assente nell'inerzia<sup>28</sup>. Diversamente, chi ritiene che la conoscenza sia elemento (eventualmente) compatibile anche con l'inerzia, tende ad attribuire ad una manifestazione esteriore di sopportazione il ruolo centrale nella qualificazione della tolleranza: sarebbe quindi necessaria una (seppur minima) attività positivamente percepibile, se non dal tollerato almeno da terzi, che

---

<sup>26</sup> S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, cit., pp. 65 ss.; E. CARBONE, *Tolleranza e buona fede nel possesso*, cit., p. 76. Sul collegamento sistematico tra 936, 4° co., c.c. e l'art. 1144 c.c. in funzione di attribuire alla *scientia domini* il ruolo di elemento strutturale della tolleranza, si esprime chiaramente anche la giurisprudenza al massimo grado in Cass. Civ., Sez. Un., 16 febbraio 2018, n. 3873, in *Foro it.*, 2018, I, 4, c. 1200, con nt. di C. BONA, *Accessione, comunione e Verwischung*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2018, 6, pp. 854 ss., con nota di L. TORMEN, *Accessione e alterità soggettiva tra proprietario e costruttore: il chiarimento delle Sezioni Unite* e in *Giur. It.*, 2018, 11, 2349, annotata da C. CICERO, *L'accessione della costruzione eseguita del comproprietario sul suolo comune*. Sul valore sistematico della pronuncia cfr. *infra* Cap. V.

<sup>27</sup> Resta isolata la tesi di U. RUFFOLO, *Tutela possessoria delle servitù non apparenti ed «atti di tolleranza» nel quadro delle teorie (e ideologie) del possesso*, cit., p. 372, secondo cui la conoscenza sarebbe del tutto irrilevante nella distinzione tra tolleranza e inerzia. Questa soluzione, infatti, si fonda su una pretesa coincidenza tra *scientia* del tollerante e consapevolezza del tollerato che, come si è detto, non trova necessario riscontro nella realtà fattuale.

<sup>28</sup> Si veda ancora S. PATTI, op. ult. cit., il quale afferma che «la tolleranza presuppone – al contrario dell'inerzia – la conoscenza» (p. 65) e, ancora, che «la mancanza della conoscenza della utilizzazione del bene induce a qualificare come inerzia il comportamento di non reazione del proprietario e come possesso l'attività del terzo» (p. 67).

consenta di imputare effettivamente la *permissio* a colui che subisce l'ingerenza<sup>29</sup>.

Il fatto di individuare il discrimine tra tolleranza e inerzia nella mancata conoscenza dell'intrusione appare preferibile, perché si coordina con l'idea – sicuramente più realistica sul piano sociale – che la tolleranza sia un comportamento caratterizzato da assoluta libertà di forme e, quindi, esternabile sia in via espressa che tacita<sup>30</sup>. In quest'ottica, la manifestazione positiva di *patientia* rappresenta una possibile ed eventuale modalità espressiva del contegno tollerante, che ne agevola l'accertamento: un'espressa *permissio*, infatti, consentirà di inferire la conoscenza dell'intrusione con maggior facilità rispetto a casi in cui nessuna esternazione sia stata effettuata e per i quali la *scientia* – alla base della tacita sopportazione – dovrà essere desunta da circostanze ulteriori. Così, ad esempio, la presenza fisica del tollerante al momento dell'intrusione è circostanza tale da ritenere sussistente la tolleranza senza che sia necessario un comportamento esterno e attivo.

Una volta esclusa la necessità che la tolleranza debba tradursi in un comportamento positivo che la renda percepibile all'esterno, è più agevole concordare con chi identifica la *patientia* con un elemento – al pari della conoscenza – non direttamente accertabile ma desumibile in negativo, vale a dire la possibilità (materiale e giuridica) di opporsi all'intrusione del terzo e, quindi, di manifestare il proprio dissenso<sup>31</sup>. Questo

---

<sup>29</sup> A. CANDIAN, *Atto autorizzato, atto materiale lecito, atto tollerato*, cit., p. 475; aderisce anche G. SICCHIERO, *Tolleranza*, cit., p. 373, secondo cui «la necessità della perceibilità esterna dell'atteggiamento di tolleranza ha infatti la funzione di distinguerlo dalla semplice inerzia, giacché solo il primo è idoneo ad impedire che il comportamento dell'intruso si trasformi in possesso». Il che non vale a contraddire quanto affermato dallo stesso l'Autore circa il rapporto tra *patientia* del tollerante e *animus* del tollerato (cfr. *supra* par. precedente): l'esternazione non è richiesta al fine di incidere sull'intenzione del tollerato di possedere ma piuttosto per affrontare un problema di accertamento di un comportamento che, per le sue caratteristiche specifiche, rischia di essere confuso con una totale assenza. Ciò che conta, in sostanza, è l'idoneità della manifestazione di tolleranza non tanto ad escludere l'*animus domini* del possessore quanto a imputare al proprietario l'effetto di cui all'art. 1144 c.c.

<sup>30</sup> In giurisprudenza, Pret. Firenze, 28 settembre 1993, in *Foro It.*, 1993, I, 3421, per cui «gli estremi della tolleranza, che esclude l'acquisto del possesso, ricorrono solo se il comportamento del vicino si fonda effettivamente e riconoscibilmente su un permesso del proprietario, espresso o tacito, ma sempre revocabile»: Cass. Civ., 19 aprile 1994, n. 3712, in *Mass. Giur. It.*, 1994; Cass. Civ., 10 aprile 1986, n. 2497.

<sup>31</sup> A. CANDIAN, *Atto autorizzato, atto materiale lecito, atto tollerato*, cit., p. 474; E. CARBONE, *Tolleranza e buona fede nel possesso*, cit., pp. 42-3, che propone una ridefinizione dell'art. 1144 c.c. di questo tenore: «gli atti compiuti con la tolleranza di chi potrebbe

secondo requisito insieme alla conoscenza consente di riscontrare, anche in presenza di un'apparente inazione, un comportamento tacito ben diverso da quello dell'inerte, senza però espandere in maniera incontrollata l'area delle ingerenze tollerate<sup>32</sup>. Di fronte ad un'intrusione di cui il *dominus* ha conoscenza, la tolleranza potrà essere comunque esclusa laddove dalle circostanze concrete del caso emerga un'oggettiva impossibilità di reazione (sulla distinzione con l'inerzia cfr. anche *infra* par. 4.).

A restringere ulteriormente l'area di operatività della tolleranza contribuiscono altri due requisiti strutturali del comportamento. Di tolleranza non potrebbe parlarsi quando vengano a mancare, la *spontaneità*<sup>33</sup> – che la distingue dall'altra accezione di tolleranza (v. *supra*) – e la *contestualità* con l'intrusione tollerata. In particolare, il fatto che la reazione sia immediata è necessario corollario dell'impossibilità che la tolleranza possa condizionare la conservazione del possesso, ma solo il suo acquisto. Per tale ragione, un contegno tollerante manifestato anche espressamente in un momento successivo all'instaurarsi della situazione di fatto, non ha effetti: un soggetto inizialmente inerte che, dopo un apprezzabile lasso di tempo idoneo a consolidare la situazione di fatto, tolleri successivamente la continuazione del possesso, anche con manifestazioni esteriori di *permissio*, continuerà ad essere inerte per l'ordinamento.

Non rilevano, invece, i motivi per cui si tollera: per quanto la tendenza giurisprudenziale sembri evocare che la tolleranza sia naturalmente connessa a moventi di liberalità, cortesia e ospitalità, nulla esclude in teoria che il proprietario tollerante stia rinunciando ad esercitare il suo *jus excludendi* sotto la pressione del giudizio sociale, di un dovere morale particolarmente sentito o, ancora, di un timore reverenziale nei confronti del tollerato; infine, è ben possibile che la tolleranza sia giustificata dal perseguimento di un personale interesse del

---

opporsi ...». La possibilità concreta di inibire l'intrusione non rappresenta quindi un mero corollario della manifestazione esterna di sopportazione (come sembra sostenere G. SICCHIERO, *Tolleranza*, cit., p. 373) ma un vero e proprio requisito strutturale della fattispecie.

<sup>32</sup> Risultato in cui si incorrerebbe se si sposasse l'idea che «l'ingerenza non vietata e non preceduta da una consegna è tollerata» (R. SACCO, *Tolleranza (in tema di possesso)*, cit., p. 1051.)

<sup>33</sup> G. SICCHIERO, *Tolleranza*, cit., pp. 375–6; E. CARBONE, *Tolleranza e buona fede nel possesso*, cit., pp. 45 ss. Così, non è ammissibile la promessa di tollerare o più in generale che la tolleranza possa essere l'adempimento di una obbligazione o di un onere.

proprietario<sup>34</sup>. Questo rilievo dimostra la necessità di svestire la tolleranza di una connotazione buonista al fine di apprezzare le funzioni che questa può in concreto svolgere nella realtà economico-sociale.

## 2.2. (segue) natura giuridica della tolleranza

Per comprendere l'efficacia della tolleranza tra le parti è opportuno svolgere una preliminare indagine circa la sua natura giuridica<sup>35</sup>. Superate le più risalenti tesi che tendevano a ridurre la tolleranza al rapporto di cortesia<sup>36</sup>, la necessità di espandere i possibili effetti oltre quello legale di esclusione del possesso ha spinto parte della dottrina ad esplorare il valore negoziale del comportamento del titolare del diritto<sup>37</sup> generativo di diritti e obblighi tra le parti. Ora, questa opinione contrasta con il significato sociale che la tolleranza assume: il proprietario, infatti, manifesta un contegno di mera sopportazione dell'ingerenza a cui non si accompagna alcun intento di rinuncia del proprio diritto. Anche la giurisprudenza è concorde nell'escludere che il

---

<sup>34</sup> Esemplifica i possibili motivi a fondamento della tolleranza contestando la necessaria benevolenza del tollerante, R. SACCO, *Tolleranza (in tema di possesso)*, cit., pp. 1051: «I motivi per tollerare sono numerosi. Uno di essi – ma solo uno tra i tanti – è la benevolenza, che suggerisce di consentire ingerenze di limitata importanza [...]. Ma la tolleranza non è necessariamente benevola. Può essere il frutto di una scelta (rassegnata) fra due mali. Chi non reagisce per non essere o per non sembrare gretto, fiscale, incomprensivo, o perché teme reazioni polemiche o fastidiose da parte dell'intruso, spera che questi receda presto e spontaneamente del comportamento invadente. [...] Infine, la tolleranza può avere una terza radice, e cioè l'interesse del tollerante: se a parer mio il fatto che a casa mia qualcuno vada e venga tiene lontani i pushers, io tollererò che Tizio, in mia assenza, attraversi il mio immobile, accendendo le luci, ogni volta che ciò gli fa comodo».

<sup>35</sup> Per una disamina completa delle varie tesi circa la qualificazione giuridica della tolleranza cfr. E. CARBONE, *Tolleranza e buona fede nel possesso. Successione, accessione e cose fuori commercio. Artt. 1144-1147*, cit., pp. 21 ss.

<sup>36</sup> Sull'equiparazione della tolleranza alla cortesia, cfr. U. BISEGNA, *Tolleranza (Atti di)*, cit., p. 401; analogamente U. NATOLI, *Il possesso*, cit., p. 56 che nella fretta di negare la natura contrattuale, lo riduce a un fenomeno di «rilevanza meramente sociale, quale potrebbe essere, appunto, un rapporto di familiarità, di amicizia, di buon vicinato». Ma, in senso critico, si può rinviare a quanto detto sulla polivalenza del significato sociale della tolleranza e dei motivi che la possono muovere in nt. 34. Non dissimile la tesi ancor più risalente che tenta un'analogia tra tolleranza e obbligazione naturale di V. MORITTU, *Sul possesso senza titolo delle servitù discontinue in relazione all'azione di turbativa*, Tip. Ledda, Cagliari 1925, p. 174.

<sup>37</sup> Si tratterebbe, dunque, di un fenomeno non dissimile dalla rinuncia, la cui valenza negoziale avrebbe importanti conseguenze circa l'applicabilità della disciplina del contratto (ad esempio i vizi della volontà, la revoca, ecc.), G. SICCHIERO, (voce) *Tolleranza*, cit., p. 373.



comportamento di chi sopporta l'altrui ingerenza di per sé possa assumere un significato dismissivo ovvero costitutivo di un rapporto giuridico tra le parti<sup>38</sup>.

La questione attiene, semmai, alla possibile evoluzione di quel comportamento in un intendimento più complesso tra le parti costitutivo di un rapporto stabile che tenda a regolare gli interessi riguardo alla gestione e al godimento del bene. In passato, si è detto che la tolleranza come singolo atto concomitante all'ingerenza «*non vincola per l'avvenire*» il tollerante, ma che una sua reiterazione assumerebbe «*carattere autorizzativo concludente*» produttivo di un affidamento<sup>39</sup>. L'argomento ha il pregio di evocare un aspetto importante della fattispecie in esame, quello della tutela dell'affidamento (cfr. *infra* par. 2.6.). Tuttavia, affermare la sussistenza di una pretesa del tollerante derivante dalla continuazione del comportamento del proprietario non vale di per sé a dimostrarne la natura negoziale. In tal modo si finisce per confondere la fonte con l'effetto giuridico che ne dovrebbe conseguire: la costituzione di un obbligo di protezione che tuteli il tollerato da recessi inaspettati del rapporto presuppone – e non dimostra – l'esistenza di un negozio. Inoltre, anche lo sforzo interpretativo di scindere il primo atto di tolleranza meramente impositivo del possesso dalla successiva reiterazione, che invece avrebbe carattere autorizzativo, non trova riscontro in concreto: la tolleranza è un comportamento unitario in cui la volontà

---

<sup>38</sup> Rispetto alla rinuncia, in giurisprudenza, si esclude che «*il permettere la continuazione degli atti di passaggio [possa] mai far presumere una rinuncia a vietarli ulteriormente, nessuno potendo esser costretto a far godere ad altri un proprio diritto, quando manchi l'obbligo relativo, anche se per il passato abbia tollerato l'esercizio del diritto medesimo*», v. Pret. Taranto, 1° marzo 1977, in *Giur. It.*, 1978, I, 2, 495, annotata da S. PATTI, *Atti di passaggio sul fondo altrui e tolleranza del proprietario*. Si esclude altresì «*la ricorrenza di un atto di tolleranza allorché l'esercizio di un determinato potere di fatto sulla cosa altrui sia il frutto di un accordo che ne precisi modalità, condizioni e contenuto, ponendo fine ad un contrasto tra le parti*» (Cass. Civ., 19 aprile 1994, n. 3712, cit.; v. anche Trib. Modena, 17 aprile 2012, n. 642).

<sup>39</sup> Così E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1994, p. 79. Cfr. anche E. PROTETTI, *Gli atti di tolleranza*, cit., p. 669. Aderisce più di recente U. GRASSI, *La tutela esterna del possesso: contributo allo studio delle fattispecie a qualificazione plurima*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2006, p. 70. In senso critico, S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, cit., p. 77 ss. che dopo aver criticato il generale tentativo di utilizzare la finzione dei comportamenti concludenti per «*collegare effetti giuridici a meri atteggiamenti*» (p. 79), da ultimo conclude per l'impossibilità di rinvenire nel comportamento di tolleranza – per il significato sociale che questo assume – il valore di atto negoziale (p. 83).

dell'interessato rispetto agli effetti giuridici non muta semplicemente in relazione al perpetrarsi dell'intrusione.

Semmai, potrebbe verificarsi un'evoluzione successiva della situazione fattuale: di fronte alla continuazione del rapporto di fatto di tolleranza, le parti potrebbero infatti decidere di regolare i loro reciproci interessi attraverso un accordo, più o meno formalizzato. Ma ciò rappresenterebbe un elemento di discontinuità rispetto al precedente comportamento, e richiederebbe non soltanto un comportamento attivo del tollerato, ma una vera e propria dichiarazione. Il proprietario cesserebbe di tollerare l'altrui ingerenza in favore di un più definito rapporto di giuridico con il terzo interessato a godere del suo bene.

Un altro indirizzo riconduce il fenomeno ad un comportamento umano produttivo di effetti in quanto previsti dall'ordinamento e non dalla volontà dell'agente<sup>40</sup>. La volontà di sopportare, dunque, rimarrebbe limitata alla consapevolezza dell'intrusione senza proiettarsi verso la costituzione di un diritto di utilizzazione a favore del terzo tollerato. Questa tesi esalta la rilevanza assolutamente oggettiva dell'atto di tolleranza: nella sua fattualità, l'efficacia del comportamento è indipendente dalla volontà di chi lo pone in essere; il segno – favorevole o sfavorevole – e il grado di questi effetti non dipenderà dall'intento delle parti ma da come l'ordinamento valuta a seconda dei casi il conflitto di interesse tra proprietario e tollerato.

Tale soluzione può soddisfare se si considera l'effetto tipico della tolleranza, ma omette di domandarsi se quella stessa volontà – che *non può* rilevare ai fini dell'esclusione dell'acquisto del possesso (art. 1144 c.c.) – possa produrre effetti ulteriori, non soltanto a livello possessorio, ma guardando ad altri aspetti della vicenda, che possono emergere soltanto da una considerazione complessiva di tale comportamento e del suo significato giuridico.

A ben guardare, l'effetto di esclusione del possesso deriva dalla oggettivamente dalla legge non in ragione dell'assenza di una volontà del tollerante, ma in quanto il possesso è un potere di fatto che, come tale, non può essere né da una volontà esterna. Per tale ragione l'ordinamento si è curato di prevedere una norma che dia rilevanza oggettiva al comportamento di *scientia e patientia* prevedendo l'effetto impeditivo

---

<sup>40</sup> S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, cit., pp. 60: la tolleranza è un «fatto giuridico umano che acquista rilevanza giuridica in quelle ipotesi in cui l'ordinamento lo prende in considerazione per l'attribuzione di effetti giuridici»; aderisce G. SICCHIERO, (voce) *Tolleranza*, cit., p. 373; E. CARBONE, *Tolleranza e buona fede nel possesso*, cit., pp. 30 ss.

dell'acquisto della situazione di fatto: senza tale norma, infatti, nessuna volontà di *pati* avrebbe logicamente potuto escludere l'applicazione in favore del tollerato delle regole in materia di possesso.

È quindi opportuno distinguere l'effetto impeditivo del possesso da altre possibili conseguenze giuridiche derivanti dalla tolleranza, in quanto comportamento volontario.

L'ingerenza del tollerato non rileva solo sul piano possessorio. Come si è detto, infatti, il proprietario può tollerare tacitamente, conoscendo e potendosi opporre all'intrusione, oppure accompagnando a questo contegno minimo una manifestazione espressa (v. *supra* par. precedente). Mentre soltanto nel secondo, essa è accompagnata da una manifestazione attiva e percepibile dal tollerato, in entrambi i casi è riscontrabile una volontà. Ebbene, una volontà il cui contenuto si limita alla sopportazione – senza riconoscere diritti sul bene né impedire una sua successiva *prohibitio* – può essere idonea, come si dirà, a produrre effetti giuridici tra le parti nei limiti del suo specifico contenuto e dell'effettiva possibilità di questi effetti. Un contenuto che non incontra la volontà della controparte né vale a rinunciare al proprio diritto sul bene, ma che è idoneo ad escludere l'illiceità dell'ingerenza (v. *infra* par. 2.3).

In altri termini, se si guarda al fenomeno della tolleranza dalla prospettiva della disciplina del possesso, il comportamento di tolleranza rileva oggettivamente, senza che la volontà sia costitutiva dell'effetto impeditivo. Il rapporto di fatto tra le parti non si esaurisce però sul piano possessorio. Rispetto ad altri aspetti che lo interessano, la volontà di tollerare può essere idonea a produrre effetti senza necessariamente doversi tradurre in un accordo tra le parti che regoli stabilmente l'utilizzazione del bene da parte del tollerato. In questa accezione, dunque, più che di un negozio o di un mero fatto giuridico umano, si può dunque parlare della tolleranza come di un comportamento volontario che produce gli effetti giuridici previsti dall'ordinamento (artt. 1144 c.c. o 936, 4° co, c.c.) nonché quelli derivanti dalla volontà di tollerare<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Rispetto a questi ultimi si può parlare di atto di autonomia se con tale accezione non si intende l'atto idoneo costituire o modificare un rapporto giuridico ma si comprende al suo interno atti che producono effetti senza creare «veri diritti». Quest'ultima espressione è di R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, UTET, Torino 1987, p. 523. Sulla distinzione tra autonomia negoziale e consenso dell'avente diritto v. V. CALDERAI, *Consenso informato*, in *Enciclopedia del Diritto. Annali*, Giuffrè, Milano 2015, p. 262.

### 2.3. Illiceità dell'attività tollerata

Come si è detto, quando esercitata dal proprietario, la tolleranza rappresenta non solo un fatto impeditivo del possesso (art. 1144 c.c.) ma una particolare modalità di esercizio della proprietà. Questo comportamento, soprattutto se protratto nel tempo, dà vita a una relazione di fatto tra le due parti che non è regolata a livello contrattuale (cfr. *supra* par. 2.2.). D'altra parte, l'esclusione dell'acquisto del possesso non esaurisce il ventaglio di possibili effetti che un simile comportamento è idoneo a produrre, a prescindere dalle pretese possessorie. Inoltre, la configurabilità di un rapporto di fatto fa emergere la necessità di considerare anche la posizione del tollerato e i possibili affidamenti che una protratta tolleranza del proprietario può far emergere.

In primo luogo, si pone il problema dell'illiceità dell'intrusione tollerata con la conseguente configurabilità tanto di uno spoglio (art. 1168 c.c.) che di una responsabilità *ex* art. 2043 c.c. per il pregiudizio causato al proprietario. In effetti, sarebbe alquanto contraddittorio ammettere che un comportamento sopportato – e, dunque, in qualche forma comunque consentito – da parte del titolare del diritto possa in un secondo momento dar adito ad una pretesa risarcitoria da parte del titolare del diritto.

Per ovviare a questa contraddizione, parte della dottrina ha sostenuto la non risarcibilità dei danni conseguenti dall'attività tollerata sul presupposto che verrebbe a mancare il dolo o la colpa del danneggiante<sup>42</sup>.

Ora, come si è detto la volontà non deve essere necessariamente espressione di un'autonomia negoziale – intesa come fonte di rapporti giuridici – ma può produrre effetti più modesti legati a singoli interessi delle parti. La volontà di tollerare opererebbe come elemento esterno di giustificazione dell'ingerenza, in modo analogo allo scriminante del consenso dell'avente diritto<sup>43</sup>. Analogo e non identico per due ragioni:

---

<sup>42</sup> S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, cit., pp. 31–2. E. CARBONE, *Tolleranza e buona fede nel possesso. Successione, accessione e cose fuori commercio. Artt. 1144-1147*, cit., p. 58.

<sup>43</sup> In tal senso, R. SACCO, *Tolleranza (in tema di possesso)*, cit., p. 1050: «l'atto d'ingerenza tollerato non rientra fra quelli vietati e non rientra fra quelli voluti dal possessore. Esso ricorda il comportamento facoltizzato dal consenso dell'avente diritto, che non è comportamento illecito e non è esercizio del diritto previsto da un contratto o da una legge»; ID., *Fatto giuridico (effetto del): l'effetto minore*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, UTET, Torino 2010. Condivide l'impostazione anche G. FOTI, *Riflessioni sul «dovere» giuridico di tollerare nei rapporti*

innanzitutto, la volontà del tollerante verrebbe prestata contestualmente alla condotta o immediatamente dopo invece che preventivamente; inoltre, la volontà del titolare non esprime un consenso pieno allo svolgimento dell'attività del tollerato ma si riduce a una sua più blanda sopportazione.

Quest'ultimo rilievo consente di aggiungere un importante distinguo. Non tutti i danni provocati dal tollerato saranno *scriminati* dal consenso del proprietario. Nella tolleranza, infatti, la sopportazione del titolare non vale ad assumersi qualsiasi rischio derivante all'attività del tollerato. Dunque, mentre non si avrebbe responsabilità per i danni che siano conseguenza diretta e necessaria della condotta, a diversa conclusione si dovrebbe giungere per quel che concerne le lesioni ulteriori causate da un comportamento colposo del soggetto agente totalmente estraneo all'oggetto della tolleranza. Si tratta quindi di distinguere i pregiudizi connaturati all'attività da quelli ulteriori che il terzo avrebbe potuto evitare con un comportamento diligente<sup>44</sup>. Coerentemente con quanto appena detto, la volontà di sopportare non può avere l'effetto di estendere al tollerante la responsabilità per i danni che l'attività del tollerato ha causato nei confronti dei terzi. Una diversa soluzione finirebbe per snaturare il significato sociale della *patientia*, attribuendogli effetti che sono riconducibili ad un atto di autonomia contrattuale<sup>45</sup>.

In conclusione, l'esclusione della risarcibilità dei danni derivanti dall'ingerenza tollerata opera in modo analogo al generale scriminante del consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p. e art 2043 c.c.). Si tratta di un consenso, come si è detto, che resta circoscritto ad una mera

---

*interpretati: quo usque tandem?*, cit., p. 37 seppur con il rischio di un fraintendimento laddove si afferma che «la tolleranza assurge a giustificazione di un fatto che non perde la propria qualifica d'illiceità, restando privo semplicemente della idoneità a produrre effetti rimediali». Invero, le causa di giustificazione incidono proprio sull'elemento dell'antigiuridicità del fatto (in particolare, l'elemento del *non iure*) e non sul versante rimediale.

<sup>44</sup> Il rilievo è di S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, cit., p. 32: «può farsi l'esempio del proprietario che tollera il passaggio di autocarri sul proprio fondo. Il danno prodotto necessariamente dal passaggio sarà costituito dal formarsi dei solchi causati dalle ruote nel viottolo o, in mancanza di quest'ultimo, dalla rovina di una parte delle colture. [...] Ma se, proseguendo nell'esempio, nel corso di uno dei passaggi, un autocarro investe un muro o un animale per disattenzione del conducente, il danno causato deve considerarsi senz'altro risarcibile».

<sup>45</sup> In tal senso v. Cass. Civ., 26 giugno 2007, n. 14745, *Arch. Locazioni*, 2007, 6, 607, per cui «la circostanza che il conduttore abbia adibito l'immobile ad un uso diverso da quello pattuito, con la consapevole tolleranza del locatore, non è da sola sufficiente a far sorgere una responsabilità di quest'ultimo nei confronti del terzo che da tale nuova e diversa attività del conduttore abbia riportato danni».

sopportazione e che quindi non potrà ricomprendere la responsabilità per danni che non siano necessitati dall'attività del tollerato. D'altra parte, anche in alcune applicazioni giurisprudenziali la tolleranza è stata equiparata al consenso come causa di esenzione dalla responsabilità<sup>46</sup>.

Per quanto riguarda la configurabilità di uno spoglio tutelabile, invece, è opportuno fare alcune precisazioni. In particolare, si deve distinguere tra l'esperibilità dell'azione di reintegrazione per l'attività precedentemente tollerata e l'esercizio dello stesso rimedio una volta cessata la tolleranza dell'ingerenza. Infatti, mentre la volontà di sopportare vale ad escludere l'illiceità dell'impossessamento, una volta che il proprietario abbia smesso di tollerare l'altrui ingerenza, il tollerato che continui ad attuarla, nonostante la *prohibitio*, commetterà un nuovo illecito tutelabile *ex art.* 1168 c.c. La cessazione della tolleranza, quindi, richiede di essere manifestata al tollerato per dispiegare utilmente i suoi effetti. Tale manifestazione, come ha precisato la giurisprudenza, è funzionale a consentire l'esperibilità dell'azione di reintegrazione, in quanto soltanto attraverso questa diffida sarà possibile distinguere le attività precedentemente tollerate da quelle per cui è cessata la *permissio*<sup>47</sup>.

## 2.4. Detenzione per tolleranza e tutela possessoria

Una delle immediate conseguenze dell'art. 1144 c.c. è la preclusione al tollerato della difesa possessoria nei confronti del proprietario. Il mancato acquisto del possesso, infatti, interessa non soltanto gli effetti potenzialmente acquisitivi della situazione ma anche la sua tutela interinale di cui all'artt. 1168 e 1170. L'assenza di un possesso, invero, non escluderebbe in teoria la possibilità di addivenire ad una qualche forma di tutela attraverso la qualificazione del potere del tollerato come

---

<sup>46</sup> In particolare, si veda Cass. Civ., 10 ottobre 2008, n. 24909, *Giur. annotata dir. ind.*, 2009, 1, p. 30 in cui si legge che «il consenso dell'avente diritto, desumibile anche da un comportamento concludente di tolleranza protratta, rende lecito e legittimo l'uso successivo che i terzi abbiano fatto di un marchio uguale o simile a quello registrato in data anteriore».

<sup>47</sup> Così Cass. Civ., 19 maggio 1988, n. 3486, in *Giust. civ. Mass.* 1988, 5 che vieta l'esercizio improvviso dell'azione di spoglio da parte del tollerante «se non dal momento in cui [il tollerato] continui a compierli nonostante egli abbia manifestato la volontà di non più consentirli». Rileva l'insufficienza di tale onere di diffida a tutelare l'affidamento del tollerato E. CARBONE, *Tolleranza e buona fede nel possesso*, cit., p. 67. Sul punto cfr. *infra* par. 2.6.

un'ipotesi di detenzione qualificata prevista dalla legge, come tale tutelabile *ex art.* 1168, 2° co., c.c. contro persone diverse dal tollerante<sup>48</sup>.

Parte della dottrina ha sostenuto la tesi favorevole alla configurabilità della *detenzione per tolleranza* sulla base di un complesso eterogeneo di argomenti: *i)* l'art. 1144 c.c. non esclude la detenzione ma solo il possesso<sup>49</sup>; *ii)* per la sua collocazione sistematica, inoltre, la disposizione apparterrebbe, insieme alle precedenti, a quelle che si occupano di fissare meccanismi di accertamento della detenzione in alternativa alla presunzione del possesso<sup>50</sup>; *iii)* costituendo comunque un modo di esercizio del proprio diritto da parte del titolare, la tolleranza avrebbe comunque l'effetto di instaurare un rapporto tra le parti riconducibile allo schema del possesso mediato e della detenzione: se, infatti, una relazione di fatto sulla cosa si è comunque instaurata, la negazione degli effetti maggiori (del possesso) non implica anche quella degli effetti minori (della detenzione). Si tratterà di accertare in concreto che il potere di fatto sia qualificabile in tal modo e non si limiti a un «*uso una tantum o sotto il diretto controllo del dominus*»<sup>51</sup>.

Tali argomenti non sembrano convincenti. Invero, a livello normativo, tolleranza e detenzione operano in maniera radicalmente opposta. Mentre la prima è un fatto estraneo al contenuto del potere di fatto del possessore che vale ad escluderne gli effetti *nonostante* l'incorrere di tutti i suoi elementi costitutivi, la detenzione rappresenta un potere di fatto che ha un contenuto diverso dal possesso. Quando c'è

---

<sup>48</sup> Oltre all'estensione della legittimazione attiva all'azione di spoglio, l'altro effetto pratico di una simile soluzione sarebbe l'applicabilità dell'art. 1141 c.c. per cui il mutamento della detenzione in possesso potrebbe avvenire soltanto mediante *interversio possessionis* e, quindi, attraverso un'esplicita opposizione del tollerante contro il possessore. Soluzione ritenuta opportuna da parte della dottrina (S. PATTI, ult. op. cit., p. 18) per non cristallizzare eccessivamente il rapporto di fatto e quindi per consentirne comunque un'evoluzione in una situazione più protetta.

<sup>49</sup> A. MONTEL, *Il possesso*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1962, p. 235.: «[sarebbe] dato implicitamente di argomentare che gli atti di tolleranza possono servire di fondamento all'acquisto della detenzione». Contrario, F. DE MARTINO, *Del possesso. Art. 1140-1172.*, cit., p. 21, il quale esclude la detenzione applicando indistintamente l'art. 1144 c.c. ad entrambi i poteri di fatto.

<sup>50</sup> S. PATTI, *Tolleranza (atti di)*, cit., pp. 704 ss.: «collocato subito dopo le norme che prevedono le presunzioni (iuris tantum) di possesso, l'art. 1144 c.c. prevede una prova contraria, la prova di un fatto impeditivo, che facendo venire meno la presunzione di possesso impone di risolvere l'alternativa possesso-detenzione nel secondo senso».

<sup>51</sup> G. SICCHIERO, (voce) *Tolleranza*, cit., p. 375.

detenzione, dunque, il possesso è escluso in quanto il potere di fatto tutelato dall'ordinamento ha una diversa struttura<sup>52</sup>.

Quindi, mentre l'efficacia della tolleranza riguarda il verificarsi di un elemento (esterno) ostativo del possesso, gli effetti propri della detenzione ricorrono quando il potere di fatto – quindi un elemento *costitutivo* della situazione – corrisponde all'esercizio di una situazione obbligatoria riferibile ad un determinato titolo negoziale o legale. Al netto delle sovrapposizioni che possono verificarsi sul piano fenomenico (cioè, di come il potere appare), che riguardano semmai un problema di accertamento, un potere di fatto tollerato non è di per sé riconducibile ad un titolo costitutivo di obblighi o diritti personali sul bene e quindi non può essere idoneo ad individuare una detenzione.

Né è possibile ritenere che sia lo stesso art. 1144 c.c. ad introdurre un titolo legale fondativo della detenzione<sup>53</sup>: la tolleranza, infatti, è un comportamento del proprietario che non contribuisce ad individuare – nella sua estensione e nei suoi limiti – un modello legale di esercizio del potere a cui l'attività del tollerante dovrebbe corrispondere. Diversamente dall'art. 1168, 2° co., in cui “servizio” e “ospitalità” evocano una seppur minima distribuzione dei poteri di gestione e godimento sul bene tra le parti in causa, la tolleranza è un comportamento che resta relegato alla sfera del proprietario<sup>54</sup>.

Una detenzione, semmai, potrà verificarsi qualora il rapporto tra le parti si *evolva* e, conseguentemente, dalla volontà di sopportare si passi ad un più compiuto accordo ad effetti obbligatori che disciplini l'utilizzazione del bene. Un simile intendimento delle parti, da un lato, risponderà ad un mutamento dell'atteggiamento del proprietario che non

---

<sup>52</sup> In tal senso A. MASI, *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di Diritto Privato*, 8, 2° ed., UTET, Torino, 2003, pp. 533 ss., p. 556; A. MASI, *Possesso e detenzione*, in N. LIPARI, P. RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, Giuffrè Editore, Milano 2009, p. 118: «nel nostro sistema, la tolleranza non integra dunque un titolo di detenzione, in quanto la relazione di fatto tra il soggetto e la cosa, resa appunto possibile dall'altrui tolleranza, risulta caratterizzabile in termini di possesso diretto».

<sup>53</sup> S. PATTI, *Possesso. Artt. 1140 - 1157*, cit. 593, secondo cui l'atto di tolleranza è un fatto «collegato ad un titolo del tutto peculiare, cioè la stessa tolleranza». In tal senso anche, R. OMODEI SALÈ, *La detenzione e le detenzioni: unità e pluralismo nelle situazioni di fatto contrapposte al possesso*, CEDAM, Padova, 2012, pp. 221 ss.; E. CARBONE, *Tolleranza e buona fede nel possesso*, cit., pp. 87-90.

<sup>54</sup> Sull'inesistenza di un titolo nella tolleranza ai fini della qualificazione detentoria dell'attività tollerata, v. U. NATOLI, *Il possesso*, cit., pp. 58-9; L. BIGLIAZZI GERI *et al.* (a cura di), *Diritto civile. I diritti reali*, vol. II, UTET, Torino, 1991; G. LIOTTA, *Situazioni di fatto e tutela della detenzione*, Jovene Editori 1983.



sarà più di tolleranza e, dall'altro, inciderà sulla qualificazione giuridica del potere di fatto, come potere corrispondente a quello determinato con l'accordo (locazione, comodato, affitto, ecc.).

Quanto detto trova conferma anche in giurisprudenza, la quale di regola non ammette l'esistenza di una detenzione per altrui tolleranza ma al contrario mantiene distinte sul piano concettuale le ipotesi in cui è configurabile un accordo di natura personale da quelle in cui il possesso è impedito dalla tolleranza del proprietario. Di conseguenza si esclude la tutela possessoria verso i terzi nonché l'applicazione dell'istituto dell'interversione<sup>55</sup>.

Un'ipotesi particolare, che merita di essere richiamata, è quella in cui il potere di fatto tollerato evolva in una detenzione pur *in assenza di accordo*: ciò può accadere per alcune particolari fattispecie di detenzione, fondate su un titolo legale, che si costituiscono per *fatto unilaterale dell'agente* (la gestione di affari altrui, il ritrovamento di cose smarrite)<sup>56</sup>. In particolare, nell'ipotesi di detenzione per *negotiorum gestio*, può avere senso porsi il problema se la tolleranza escluda (oltre al possesso) *anche* la detenzione. È, dunque, per rispondere a tale più ridotto quesito che gli argomenti sopra richiamati (*sub i, ii e iii*) possono dare delle indicazioni condivisibili, portando ad ammettere la detenzione anche in presenza di un'accertata tolleranza. In questa ipotesi, il detentore potrà esperire la tutela possessoria, come in tutte le fattispecie di detenzione, a prescindere dalla tolleranza del proprietario. Generalmente, invece, è il caso di ribadirlo, l'attività tollerata non è detenzione e, quindi, non può essere protetta con l'azione di reintegrazione, né verso il proprietario né verso i terzi.

A questa conclusione fa seguito un importante corollario attinente al rapporto tra i poteri del proprietario tollerante e la situazione

---

<sup>55</sup> Tra le altre si veda la pronuncia Trib. Padova, 24 maggio 2005, n. 1470, in *dejure.it*, che è chiara nel distinguere tolleranza e detenzione: «*il disposto dell'art. 1144 c.c. può essere invocato ove si alleghi che il potere di fatto esercitato sulla cosa dal possessore sia in realtà riferibile alla mera concessione proveniente dal proprietario [...] laddove nella diversa ipotesi in cui il potere di fatto corrisponda ad una mera detenzione, concessa al precarista in base ad una specifica convenzione di natura personale, viene meno in radice la stessa configurabilità di un possesso giuridicamente tutelato [...]*». In senso conforme v. anche, Trib. Chiavari, 28 dicembre 2001, in *leggi-ditalia.it*; Cass. Civ., 30 giugno 1987, n. 5746, in *Mass. Giur. It.*, 1987; Cass. Civ., 11 agosto 1986, n. 5008, in *Mass. Giur. It.*, 1986.

<sup>56</sup> Per un'analisi approfondita di queste ipotesi di detenzione, v. R. OMODEI SALÈ, *La detenzione e le detenzioni*, cit., pp. 60 ss.

di precarietà a cui il tollerato è assoggettato. L'assenza di una azione<sup>57</sup> che tuteli il tollerato dalle condotte violente o clandestine di recupero del bene equivale ad attribuire al proprietario (o a chiunque realizzi uno spoglio in funzione recuperatoria del bene) un potere di autotutela possessoria generalmente escluso dal nostro ordinamento. Mentre, infatti, neanche il proprietario, di regola, può far valere nei confronti dello spogliato l'eccezione *feci sed iure feci*, e deve adire il giudice per ottenere una condanna restitutoria dotata di efficacia esecutiva, la tolleranza gli consente di mantenere un controllo sul bene tale da rendere lecita una modalità di recupero della materiale disponibilità del bene che di regola l'ordinamento tende a vietare, al fine di evitare forme violente – e, quindi, contrastanti con l'ordine pubblico – di realizzazione delle proprie pretese dominicali.

## 2.5. L'equilibrio economico nel rapporto tra proprietario e tollerato

Nonostante l'esclusione *ex lege* del possesso e l'impossibilità di configurare un rapporto di detenzione-possesso mediato, è possibile che dal punto di vista fattuale la relazione tra tollerante e tollerato si protragga nel tempo e che in questo periodo i comportamenti di una parte vadano a incidere negli interessi che l'altra mantiene sulla cosa.

Seppur non regolato da un accordo, infatti, il godimento effettivo e prolungato da parte del terzo tollerato produce eventualmente delle modifiche al bene e incide sull'equilibrio degli interessi confliggenti tra le parti: dal punto di vista del proprietario ciò può risultare un vantaggio – qualora il tollerato abbia apportato dei miglioramenti alla cosa – oppure uno svantaggio – laddove, ad esempio, l'uso abbia contribuito al deterioramento di questa.

Ora, la disciplina del possesso – qualora applicabile – avrebbe regolato il rapporto tra proprietario e possessore nella vicenda interinale che precede il recupero del bene da parte del primo (cfr. *infra* par. 4.1). Tuttavia, l'esclusione operata dall'art. 1144 c.c. nega al tollerato

---

<sup>57</sup> In tal senso, si esprime Trib. Nola, 05 febbraio 2008, in *dejure.it*, per cui «colui il quale propone l'azione di reintegra nel possesso è tenuto a dimostrare specificamente il proprio precedente esercizio del potere di fatto sulla cosa, che va escluso in presenza di un godimento della stessa di modesta portata riconducibile alla tolleranza dell'avente diritto»; più risalenti, Cass. civ., 30 giugno 1987, n. 5746, *leggiditalia.it*; Cass. civ., 21 maggio 1987, n. 4625, in *Giur. It.*, 1988, I, 1; Pret. Ascoli Piceno, 28 novembre 1992, in *Dir. Lav. Marche*, 1994, 96.

non solo l'effetto maggiore di pervenire con il passare del tempo ad acquistare la proprietà sul bene, ma anche quelli minori legati all'applicabilità della disciplina dei frutti e dei rimborsi nonché delle riparazioni, miglioramenti e addizioni (artt. 1148-52 c.c.). Con la tolleranza, l'assenza di una regolamentazione degli equilibri economici tra le parti si ripercuote sulla distribuzione dei vantaggi e svantaggi economici derivanti alle parti dall'uso della cosa.

Rispetto ai frutti, ad esempio, la sopportazione dell'ingerenza ne esclude il diritto alla percezione da parte del tollerato. Dal punto di vista della qualificazione giuridica, venendo a mancare l'applicazione dell'art. 1149 c.c., la percezione dei frutti, a prescindere dalla buona fede del tollerato, sarebbe qualificabile come fatto illecito: il tollerato dovrebbe dunque rispondere dei danni provocati al proprietario per il godimento dei frutti della cosa. Come è stato detto, l'antigiuridicità della condotta del tollerato dipenderà da cosa in concreto il proprietario ha voluto o meno tollerare. Se la sopportazione ha ad oggetto un'attività che comprende al suo interno anche la percezione dei frutti, il consenso del tollerante impedirà che questo in un secondo momento possa agire per la loro restituzione lamentando l'illiceità della condotta (cfr. *supra* par. 2.3.). Diversamente, se la volontà non si è mai concretizzata in una sopportazione dell'attività di percezione dei frutti, l'illiceità della condotta non sarà esclusa dal consenso del titolare.

Dal lato opposto del rapporto, invece, l'arricchimento del proprietario ai danni del tollerato potrebbe derivare dalla mancata applicazione della disciplina dei rimborsi per le spese sostenute per miglioramenti, riparazioni e addizioni ai sensi dell'art. 1150 c.c., la cui logica è proprio quella di far emergere e, quindi, riequilibrare i vantaggi economici e le perdite derivanti alle rispettive parti da un'attività comunque utile di gestione del bene<sup>58</sup>: a prescindere dall'appartenenza, l'ordinamento prende in considerazione e a certe condizioni tutela chi ha

---

<sup>58</sup> L. BIGLIAZZI GERI, *Addizioni e miglioramenti*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma 1988, oggi in EAD., *Rapporti giuridici e dinamiche sociali: principi, norme, interessi emergenti: scritti giuridici*, A. Giuffrè, Milano, 1998, pp. 585 ss., in particolare p. 591 in cui si nota come l'art. 1150 c.c. è espressione della «prevalenza oggi assegnata ad un'utilizzazione in senso dinamico dei beni economici, nella quale, più che il profilo dell'"appartenenza", viene in primo piano l'attività volta ad un uso produttivo o, invece, conservativo e di impiego in senso più o meno "sociale" di essi, chiunque ne sia, poi, l'autore (cioè, il dominus o il titolare di altro diritto, reale o personale di godimento, o il possessore)». Per la distinzione tra addizioni e miglioramenti sulla base di un criterio funzionale, B. INZITARI, *Miglioramenti (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano 1976, p. 283.

effettivamente utilizzato e migliorato il bene riequilibrando lo squilibrio derivante dall'arricchimento del proprietario inattivo attraverso il diritto a un'indennità (variamente quantificata a seconda dei casi).

Ebbene, tale dinamica può verificarsi anche nell'attività tollerata qualora a questa consegua un vantaggio economico al proprietario sotto forma di incremento di valore della cosa. Così, una forma di redistribuzione e di correzione di questo disequilibrio economico potrà realizzarsi mediante l'applicazione del generale rimedio di arricchimento senza causa di cui agli artt. 2041-2 c.c: senza le più sofisticate distinzioni operate dall'art. 1150 c.c. e quindi nei soli limiti della minor somma tra pregiudizio e altrui vantaggio, l'azione rappresenta comunque una via per indennizzare il tollerato dei costi di utile gestione del bene<sup>59</sup>.

## 2.6. Cessazione della tolleranza e tutela dell'affidamento

Il conflitto tra proprietario e tollerante emerge soprattutto al momento della cessazione del rapporto di fatto. La casistica giurisprudenziale rivela come il significato sociale della tolleranza di un'altrui ingerenza sia idoneo, da una parte, a ingenerare «*nel destinatario l'affidamento della condiscendenza del dominus*» ma, al contempo, faccia «*avvertire l'imminenza di una sempre consentita prohibitio*»<sup>60</sup>. La formula evoca un aspetto della *permissio domini* a prima vista contraddittorio: "affidamento della sopportazione" e "imminenza della *prohibitio*" sembrano elementi incompatibili, soprattutto se letti entrambi come aspetti confinati al convincimento che il tollerato ha circa la precarietà dell'altrui tolleranza.

Prima di approfondire il significato di questo affidamento, è opportuno distinguerlo dal diverso concetto di aspettativa. In capo al tollerato non è infatti configurabile una situazione giuridica di attesa verso il futuro acquisto di un diritto sul bene. Come è stato chiarito in precedenza, il proprietario non esprime una volontà di rinuncia alla propria situazione di appartenenza, e questo vale tanto per una rinuncia immediatamente efficace quanto per quella eventualmente subordinata al passare del tempo o al verificarsi di determinate condizioni. Al

---

<sup>59</sup> S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, cit., p. 34. Aderisce anche E. CARBONE, *Tolleranza e buona fede nel possesso*, cit., p. 61.

<sup>60</sup> La formula giurisprudenziale viene evocata in poche sporadiche decisioni, Cass. Civ., Sez. Lav., 05 ottobre 1985, n. 4820, in *Giust. civ. Mass.* 1985, 10; Trib. Torino, 14 dicembre 2005, in *dejure.it*.

contempo, l'impossibilità *ex lege* di configurare un possesso esclude la disciplina dell'acquisto per usucapione del bene. Quindi, anche volendo ammettere la (discussa) configurabilità di una situazione di aspettativa giuridica di acquisto della proprietà in capo al possessore, il tollerato ne sarebbe comunque sprovvisto, non essendo prospettabile alcun futuro diritto da acquisire sul bene, condizionato al verificarsi di eventi determinati dalla legge o dalle parti (v. *infra* par. 4.3.).

Quando la giurisprudenza parla di affidamento, dunque, non fa certamente riferimento ad una situazione giuridica con effetti acquisitivi. Il richiamo all'affidamento evoca semmai una tutela attinente al modo in cui il rapporto di tolleranza viene bruscamente interrotto dal proprietario<sup>61</sup>. A tal proposito, la dottrina ha evidenziato come la decisione improvvisa del proprietario di cessare la sopportazione dell'attività del terzo – soprattutto nelle ipotesi di tolleranza di lunga durata – possa comportare un pregiudizio al tollerato laddove la manifestazione di tolleranza risulti idonea a ingenerare un *affidamento* circa la stabilità di tale contegno che venga disatteso dal successivo e repentino esercizio dello *jus excludendi*<sup>62</sup>. Una simile esigenza è stata avvertita anche in altri ordinamenti sulla base del riconoscimento di una sorta di *relazione* che si viene a creare tra proprietario e possessore<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> Come si avrà modo di vedere nella seconda parte della ricerca, l'affidamento è evocato in giurisprudenza con riferimento alle situazioni di convivenza di fatto. Anche in quelle ipotesi, l'affidamento serve a far emergere l'interesse ad una (seppur provvisoria) stabilità del godimento di fatto di fronte all'esclusione operata dal proprietario.

<sup>62</sup> S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, cit., p. 34: «*si avverte l'esigenza di impedire che egli possa senz'altro interrompere l'attività del terzo e farla cessare*» ipotizzando in tali ipotesi «*un obbligo di preavviso o di indennizzo a favore del terzo agente*». In senso analogo anche E. CARBONE, *Tolleranza e buona fede nel possesso. Successione, accessione e cose fuori commercio. Artt. 1144-1147*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 65-7; seppur attraverso una qualificazione in senso negoziale della fattispecie v. anche U. GRASSI, *La tutela esterna del possesso: contributo allo studio delle fattispecie a qualificazione plurima*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2006, p. 70. Contrario alla configurabilità di un affidamento del tollerato, U. BISEGNA, *Tolleranza (Atti di)*, cit., p. 402.

<sup>63</sup> Sebbene seguendo un'impostazione teorica che non fa distinzioni circa la configurabilità di un possesso in base alla tolleranza, J. W. SINGER, *The Reliance Interest in Property*, in *Stanford Law Review*, n. 40, 3, 1988, pp. 611-751, p. 666: «*by effectively acquiescing to possession by another for a substantial period of time, the true owner has generated expectations in the "adverse possessor" about the true owner's intentions regarding the property. Wittingly or unwittingly, the owner conveys a message that the owner has abandoned the property. The true owner and the adverse possessor have therefore developed a kind of relationship. The possessor comes to expect and may have come to rely on the fact that the true owner will not interfere*

La conseguenza operativa di tale rilievo sarebbe la necessità di imporre al proprietario un onere di preavviso o la corresponsione di un indennizzo che evitino o riparino il pregiudizio derivante dalla lesione del suo legittimo affidamento alla continuazione della tolleranza manifestata precedentemente. L'interesse del tollerato che verrebbe, così, leso dalla condotta del proprietario non sarebbe rivolto all'acquisto di un diritto sul bene ma al mantenimento di una stabilità del godimento di fatto consentitagli dal proprietario con la sua manifesta *permissio*.

La tesi si scontra con ostacoli di ordine teorico e pratico che la dottrina non ha mancato di evidenziare. Innanzitutto, si è osservato come la natura non negoziale del fenomeno della tolleranza valga ad escludere qualsiasi efficacia giuridica dell'eventuale convincimento del tollerato circa la stabilità della *permissio*, rappresentando questa soltanto un atteggiamento intimo non meritevole di tutela<sup>64</sup>. Inoltre, anche volendo attribuire – mediante la tecnica del comportamento concludente – alle reciproche volontà delle parti il valore di accordo alla concessione in comodato, questo contratto rientrerebbe nella figura del cd. comodato precario di cui all'art. 1810 c.c. (Comodato senza determinazione di durata) il quale impone comunque la cessazione dell'attività «*non appena il comodante [il tollerante in questo caso] lo richiede*». La re cedibilità *ad nutum* del comodato precario confermerebbe dunque la difficoltà di configurare obblighi di preavviso o affidamenti meritevoli di tutela<sup>65</sup>.

Alle obiezioni di natura teorica si aggiunge la considerazione, più pratica, in base alla quale attribuire obblighi o oneri al proprietario che

---

*with the possessor's use of the property. If the adverse possessor were to be ousted from the property, she would experience a loss.*

<sup>64</sup> G. SICCHIERO, (voce) *Tolleranza*, cit., pp. 378–9, per cui «*la convinzione del debitore circa il futuro atteggiamento tollerante del creditore, rappresenti solo un atteggiamento intimo che non merita tutela sol che si consideri come il debitore stesso, ove intenda avere la certezza che un adempimento con modalità diverse da quelle proprie del rapporto in essere sia accettato dal creditore, ben potrebbe ottenerne il consenso domandandolo preventivamente*». L'argomento viene sviluppato per la tolleranza dell'altrui inadempimento ma può essere generalizzato anche all'ipotesi in esame.

<sup>65</sup> E. PROTETTI, *Gli atti di tolleranza*, cit., pp. 668 ss.; più di recente anche F. GIGLIOTTI, *Relazioni sociali, vincolo giuridico e motivo di cortesia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2003, pp. 89 ss. La critica omette di considerare la non sovrapponibilità delle due fattispecie, l'una fondata su un contratto, in cui le parti hanno concordato la re cedibilità *ad nutum*, l'altra fattuale, in cui il tollerante non ha espresso una volontà di sottomettersi ad un incondizionato potere di estromissione. In tal senso S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, cit., pp. 35-7; sulla differenza tra tolleranza e comodato precario E. CARBONE, *Tolleranza e buona fede nel possesso*, cit., pp. 81-3.

abbia accettato di sopportare l'altrui ingerenza di fatto rischia di disincentivare un simile comportamento. In altri termini, per incoraggiare i soggetti proprietari a non tenere reazioni idiosincratice nei confronti degli altri consociati, sarebbe meglio consentirgli di ripensarci liberamente e a qualunque condizione, indipendentemente dalla contraddittorietà che tale ripensamento possa assumere in concreto e, soprattutto, senza il dovuto riguardo per l'interesse della controparte<sup>66</sup>.

In realtà, come si è visto, non si deve necessariamente concepire il comportamento tollerante come una sopportazione mossa da sentimenti di liberalità nei confronti del tollerato: l'incentivo a tollerare può anche nascere dal perseguimento di un interesse egoistico o dall'incapacità di gestire altrimenti il proprio bene. Nel valutare, dunque, quanto un eventuale effetto sfavorevole disincentivi a monte un determinato comportamento, è opportuno applicare criteri che facciano emergere l'effettivo vantaggio che in concreto possa aver portato il proprietario a tollerare le ingerenze di soggetti terzi, per contemperarlo con quello del tollerato.

Come si è visto, nella tolleranza di lunga durata è possibile riscontrare una *relazione di fatto* che, senza lo specifico effetto preclusivo di cui all'art. 1144 c.c., accedrebbe ad una disciplina regolativa dei rapporti economici tra le parti circa l'uso del bene (cfr. *supra* par. precedente). Pur in assenza di un rapporto giuridico formalizzato o voluto, sul piano fattuale i soggetti interessati costruiscono una *rete di scambi informali, mutuamente benefici* che possono portare al consolidarsi dell'interesse sul bene di chi non è proprietario. Questi può, con il passare del tempo, esercitare sul bene una forma di controllo stabile incentivato dalla tolleranza del proprietario e nel suo svolgimento richiederà di prendere determinate decisioni rilevanti sul piano economico o sociale. Tali decisioni presuppongono la continuità della tolleranza per come questa si è manifestata in concreto e solo in tal caso portano ad ingenerare un affidamento nella controparte.

Quanto appena detto consente anche di chiarire cosa debba intendersi con *affidamento* nella dinamica della tolleranza. Il termine,

---

<sup>66</sup> R. CATERINA, R. SACCO, *Il possesso*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 150. In senso analogo, C. M. ROSE, *The law is nine-tenths of possession: an adage turned on its head*, in Y. CHANG (a cura di), *Law and Economics of Possession*, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom 2015, p. 57: «One very good reason to deny the claim of one who has asked permission is that granting her title would make title owners wary of ever permitting others to use their property. Such doctrines discourage simple neighborliness».

infatti, è usato in dottrina e giurisprudenza per indicare situazioni tra loro ben diverse, sia sul piano degli elementi costitutivi che su quello degli effetti<sup>67</sup>.

La prima, più tradizionale, accezione di affidamento descrive l'ingannevole apparenza di una determinata situazione di fatto o di diritto generata da una condotta oggettivamente imputabile ad un determinato soggetto, senza che assuma rilevanza né il pregiudizio subito da chi si è affidato né l'idoneità di tale condotta a trarre in inganno i terzi (ad esempio, agli artt. 534, 1189, 1729, e 1415-6 c.c.)<sup>68</sup>. In presenza di indici esterni individuati *ex lege*, l'ordinamento tutela in vario modo i soggetti coinvolti facendo prevalere l'apparenza sulla realtà. Questo fenomeno non ha niente a che vedere con la situazione di tolleranza, in cui il comportamento del proprietario non produce nessuna situazione di apparenza nei confronti del tollerato.

A questo primo significato di affidamento come «convinzione, credenza» di un dato oggettivo della realtà fattuale o giuridica, se ne contrappone un secondo, che allude al fatto di «confidare» in un determinato comportamento che un soggetto dovrebbe ragionevolmente tenere a vantaggio di un altro<sup>69</sup>. L'affidamento che interessa il rapporto di tolleranza appartiene a questa seconda categoria, in quanto dà rilevanza – non all'apparenza ma – ad un sentimento di *fiducia* dapprima instaurato e poi successivamente disatteso da un comportamento incoerente. A fronte di un determinato atto (dichiarazione, omissione o comportamento) posto in essere da un soggetto, il modo in cui questo si manifesta in concreto può generare, nei confronti di un terzo che lo riceve, una mal riposta fiducia circa la stabilità dell'agire della controparte.

Tale fenomeno presuppone necessariamente una relazionalità. Infatti, affinché il destinatario possa ragionevolmente confidare in un

---

<sup>67</sup> C. AMATO, *Affidamento (tutela dell')*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, UTET, Torino, 2012, che distingue due «modelli a fronte dei quali è ipotizzabile la tutela dell'affidamento (incolpevole): il fatto oggettivo dell'apparenza; oppure l'atto generatore di apparenza, ossia un atto o fatto incoerente (venire contra factum proprium): omissione, dichiarazione, comportamento». L'Autrice riprende la tesi di R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, UTET Giuridica, Torino 2005, p. 242.

<sup>68</sup> Oltre ai riferimenti della nota precedente, si veda su tale accezione di affidamento e sulla sua genesi giurisprudenziale anche, R. SACCO, *Affidamento*, in *Enciclopedia del diritto*, 1958.

<sup>69</sup> L'ambivalenza di significato del termine affidamento – “credere” e “confidare” – è messa in luce da R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, cit., pp. 85–8.



dato comportamento futuro, è necessario che l'atto che genera l'affidamento sia inserito all'interno di una relazione socialmente qualificata tra le parti grazie alla quale quel medesimo atto assume un significato particolare, che non avrebbe rispetto al resto dei consociati. Soltanto nei confronti del destinatario dell'atto, dunque, l'agente provoca una ragionevole attesa di *coerenza* che si proietta nei suoi comportamenti futuri, facendo confidare nella loro conformità a quelli precedentemente tenuti e inducendolo così a comportarsi di conseguenza. Affinché il successivo comportamento incoerente dell'agente possa assumere rilevanza, dovrà arrecare un pregiudizio al destinatario che abbia preso decisioni economicamente rilevanti nell'erronea ma ragionevole convinzione di poter contare sulla prosecuzione della condotta originariamente tenuta. Si tratta, dunque, di un fenomeno che ha effetti soltanto tra le parti che hanno instaurato una relazione privilegiata e che non assume rilevanza se non in quanto l'incoerenza dell'agente produca un pregiudizio per colui che si è affidato al suo comportamento iniziale.

Molti sistemi giuridici prevedono un dovere generale di coerenza dei comportamenti giuridici al fine di proteggere l'affidamento dei terzi che entrano in contatto con tale comportamento. Spesso, la lesione dell'affidamento è tutelata attraverso il risarcimento del danno oppure, in alcuni ordinamenti, con strumenti che garantiscono all'interessato una soddisfazione più forte, che gli consente di stabilizzare la situazione a cui si è affidato<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> Per un'analisi comparata degli istituti (*estoppel*, *nemo potest contra factum proprio venire*, *Verwirkung*, *interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, *doctrina de los actos propios*, *reliance*) a cui è riconducibile il dovere di coerenza v. SACCO, ult. op. cit., pp. 227 ss. Invero, non sempre a tali figure è riconnessa una tutela risarcitoria per equivalente. Ad esempio, l'opinione dominante in Germania è che l'istituto della *Verwirkung* abbia come effetto principale quello di estinzione del diritto. Cfr. sul punto l'accesso dibattito tra F. RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung: tutela dell'affidamento e decadenza da un diritto*, CEDAM, Padova 1971 e S. PATTI, *Verwirkung*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, 1999, p. 722 (ma anche in ID., *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Jovene, Napoli 1978, pp. 111 ss.) circa la natura negoziale o meno dell'istituto e sulle sue conseguenze giuridiche.

Anche l'istituto angloamericano dell'*estoppel*, essendo un istituto che opera sul piano processuale, agisce come eccezione alla pretesa giudiziale di chi ha posto in essere il comportamento contraddittorio. Individua un'analogia tra l'*estoppel by acquiescence* e l'affidamento del tollerato, S. PATTI, ult. op. cit., p. 54. Più simile alla tutela dell'apparenza (v. *supra*) è invece l'*estoppel by representation* (cfr. E. DELL'AQUILA, *Estoppel by representation e l'eccezione di comportamento contraddittorio*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 5-6, 1976, pp. 560-87). Per un'ampia casistica della giurisprudenza nordamericana v.

Nel nostro ordinamento, un principio di affidamento ha avuto grande fortuna applicativa in materia di responsabilità precontrattuale, in cui è testualmente esplicitato il richiamo a un dovere di correttezza nei comportamenti reciprocamente tenuti dalle parti nella fase delle trattative (art. 1337 c.c.) nonché la rilevanza di reticenze e inesattezze informative che abbiano leso l'affidamento circa la validità dell'accordo (1338 c.c.). Il rilievo che è attribuito in tali previsioni al comportamento delle parti prima e a prescindere dalla conclusione o dalla validità di un contratto, consente allora di superare, almeno in linea di principio, l'idea che l'affidamento possa essere tutelato soltanto attraverso la configurabilità di un rapporto negoziale<sup>71</sup>.

Più arduo è immaginare che un siffatto dovere di coerenza e la corrispondente tutela dell'affidamento possa riguardare un comportamento corrispondente ad una tipica facoltà dominicale. Tale difficoltà deriva dal modo stesso di concepire il diritto di proprietà come un diritto assoluto, che attribuisce un potere esclusivo sul bene. L'idea che le situazioni di appartenenza reali disciplinino i poteri che il titolare può esercitare sul bene, piuttosto che regolare i rapporti tra diversi soggetti in relazione all'uso del medesimo bene, comporta la difficoltà di immaginare che un determinato comportamento corrispondente al contenuto del diritto possa risultare lesivo di un interesse di terzi, salvo i casi eccezionali tassativamente previsti dal legislatore (ad esempio, gli artt. 833 e 844 c.c.). Anche nel rapporto evocato dall'art. 1144 c.c., la tolleranza, prima, e la sua cessazione, poi, rappresentano ambedue

---

S. WILKEN, K. GHALY, *The law of waiver, variation, and estoppel*, Oxford University Press, Oxford ; New York 2012.

<sup>71</sup> Com'è noto, sulla natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità precontrattuale la dottrina ha lungamente dibattuto. Recentemente la giurisprudenza ha contribuito a rivitalizzare la questione dando seguito alla tesi della natura contrattuale della responsabilità precontrattuale, Cass. Civ. 12 luglio 2016, n. 14188, in *Giur. it.*, 2016, 2565 ss., con nt. di A. DI MAJO, *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*; in *Corriere giur.*, 2016, 1504 ss., con nt. di C. CICERO, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*; in *Danno resp.*, 2016, 1051 ss., commentata da V. CARBONE, *Responsabilità precontrattuale della P.A. che non adempie l'obbligazione ex lege di comportarsi secondo buona fede*. La natura contrattuale della responsabilità non smentisce comunque l'assunto per cui nessun negozio è configurabile nella relazione tra le parti. Anzi, sul presupposto che nessun contratto è stato stipulato, la qualifica contrattuale della responsabilità trova fondamento nella nota teoria tedesca del contatto sociale qualificato, autonoma fonte di obblighi di protezione in capo alla parte che lede l'altrui affidamento. Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità precontrattuale e «contatto sociale qualificato»*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2016, pp. 1942–1961.

comportamenti formalmente corrispondenti al contenuto del diritto di proprietà. L'ampiezza della facoltà di godimento è tale da ricomprendere al suo interno anche quella di *non usare* la proprietà e, quindi, a maggior ragione quel contegno di minimo controllo sul bene consistente nella sopportazione dell'altrui ingerenza. Altrettanto conforme al contenuto astratto del diritto di proprietà è la facoltà di escludere il soggetto precedentemente tollerato, qualora il titolare per qualsiasi ragione pretenda di rientrare nel godimento esclusivo della cosa. Presi isolatamente, e astraendo dalla vicenda relazionale tra tollerante e tollerato, i due comportamenti costituiscono atti rientranti a pieno titolo nelle prerogative proprietarie.

A far emergere l'affidamento del tollerato e, dunque, una possibile scorrettezza dell'esercizio del diritto di proprietà è, invece, la valutazione complessiva della vicenda, che presuppone il riconoscimento di una relazione tra le parti. La valutazione circa la potenziale idoneità di tale sequenza comportamentale a ledere un affidamento meritevole di protezione non può che presupporre il riconoscimento di un contatto stabile e privilegiato che trova la sua genesi nella prolungata tolleranza e che consente di leggere il successivo comportamento di esclusione come incoerente rispetto a quello precedentemente manifestato. Così, il potenziale conflitto tra proprietà e interesse del tollerato emergerà da una valutazione *a posteriori* sul modo in cui il comportamento complessivo del proprietario – prima di tolleranza e poi di improvvisa intolleranza – abbia contribuito a ledere la ragionevole convinzione del tollerato che il suo uso della cosa non sarebbe stato interrotto in maniera così repentina da risultare in ultima analisi scorretta. La necessità di operare un bilanciamento nasce, in altri termini, dal modo in cui in concreto il proprietario ha esercitato le sue facoltà alla luce della vicenda complessiva che di fatto si è instaurata tra le parti.

A tal proposito, è opportuno ricordare che il proprietario mantiene nei confronti del tollerato un ampio margine di discrezionalità circa le modalità di estromissione del tollerato, potendo addirittura lecitamente tenere nei suoi confronti condotte corrispondenti ad uno spoglio violento o clandestino. Ebbene, di fronte ad una situazione di tolleranza prolungata nel tempo, idonea a fondare l'affidamento del tollerato circa una stabile continuazione del suo godimento, un comportamento che repentinamente interrompa con violenza o all'insaputa dell'interessato la situazione di fatto, senza concedere a questo un breve ma ragionevole termine per prendere atto dell'intenzione di cessare la

tolleranza, rischia di realizzare un sacrificio potenzialmente sproporzionato dell'interesse altrui, soprattutto laddove alla situazione di fatto sono legati interessi primari della persona del tollerato (sul punto si tornerà più diffusamente in Capp. IV e V).

Una volta evidenziato il potenziale conflitto di interessi che può nascere dalla cessazione della tolleranza, resta da capire se in base alle regole di diritto positivo sia possibile configurare un controllo del comportamento del proprietario, che faccia emergere non tanto la sua astratta illiceità quanto piuttosto la sua sproporzione ovvero la sua scorrettezza alla luce di un bilanciamento *a posteriori* dei contrapposti interessi effettuato alla luce delle circostanze complessive della vicenda in esame. Com'è noto, rispetto all'esercizio delle prerogative del proprietario il dato testuale non consente agevolmente di introdurre tecniche di bilanciamento degli interessi contrapposti improntate alla solidarietà e alla correttezza. Escluso l'art. 844 c.c., che per la sua specificità non consente un'applicazione generalizzata a ipotesi estranee a forme di esercizio del diritto solo indirettamente lesive della sfera giuridica del terzo – e quindi oltre la nozione di immissione – l'unica disposizione che consentirebbe una limitazione dell'esercizio della proprietà è l'art. 833 c.c., che sancisce il divieto di atti emulativi<sup>72</sup>. Si tratta però di una norma che – per come è formulata – si limita a sanzionare modalità di esercizio del diritto che «*non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri*» e, per tale ragione, di scarsa operatività pratica. Infatti, da una parte, la difficoltà di provare l'*animus nocendi*, elemento necessario per integrare il divieto e, dall'altra, il fatto che anche una minima utilità percepita dal proprietario nel compimento dell'atto sia ritenuta in giurisprudenza sufficiente ad escludere la suddetta volontà di nuocere il terzo, hanno da sempre impedito una modernizzazione dell'istituto che consenta di introdurre un controllo di proporzionalità tra i contrapposti interessi<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> Favorevole ad applicare l'art. 833 c.c. per tutelare l'affidamento del tollerato S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, cit., pp. 38 ss. attraverso una rivalutazione interpretativa costituzionalmente orientata ai principi di solidarietà e funzione sociale ex artt. 2 e 42 Cost.; l'Autore non esclude che il comportamento contraddittorio del proprietario possa integrare anche una violazione del dovere di buona fede oggettiva (pp. 84 ss.).

<sup>73</sup> Cfr. A. GAMBARO, *La proprietà: beni, proprietà, possesso*, Giuffrè, Milano 2017, p. 255-8; il quale rileva come in giurisprudenza l'accertamento dell'emulatività si svolga necessariamente sul piano dell'oggettiva utilità perseguita dal proprietario con il proprio atto; v. anche ID., *Emulazione*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, UTET,

Una diversa soluzione richiederebbe quindi una radicale rilettura della disposizione, che consenta di introdurre uno strumento di valutazione del comportamento tenuto dal proprietario rispetto all'interesse leso della controparte, bilanciando l'utilità (patrimoniale o non) realizzata attraverso l'atto di estromissione con l'interesse leso (anche non patrimoniale). Tale indirizzo ermeneutico che è stato avanzato in dottrina<sup>74</sup> facendo leva sulla connessione sistematica tra la regola di cui all'art. 833 c.c. e la clausola generale di buona fede oggettiva prevista in materia contrattuale e che ha ottenuto una sporadica applicazione in alcune pronunce della Cassazione, si basa sul tentativo di rinvenire nell'ordinamento un principio generale implicito di divieto di abuso del diritto, che presieda la valutazione di qualsiasi comportamento privato. Senza la pretesa di voler esaurire una tematica tanto dibattuta e vasta, ai fini della presente ricerca, si cercherà, nella parte conclusiva, di verificare la capacità del principio di operare nella vicenda specifica della cessazione della tolleranza da parte del proprietario. Invece di affrontare il tema in un'ottica generale – obiettivo che sarebbe esorbitante i fini specifici della ricerca – si concentrerà l'attenzione su due questioni specifiche: se un tale strumento possa in concreto essere utile alla tutela dell'affidamento del tollerato e, quindi, quale sia il rimedio – risarcitorio o reale – più opportuno per riparare effettivamente la lesione senza sacrificare eccessivamente le contrapposte prerogative dominicali (cfr. Cap. V, par. 5).

### **3. La tolleranza nella giurisprudenza dell'art. 1, I Prot., CEDU**

Le considerazioni precedenti circa la capacità di un atteggiamento di tolleranza ad ingenerare pretese tutelabili trovano un certo riscontro in alcune pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in merito alla violazione dell'art. 1, I Protocollo Addizionale, Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (da ora in poi solo, art. 1, P-1,

---

Torino 1991. Così la disposizione non offre spunti per l'introduzione di un controllo sui comportamenti contraddittori o assenteisti del proprietario che nuocciano, come nel caso in esame, ad un terzo determinato oppure, più in generale, alla collettività; cfr. sul punto v. U. MATTEI, *La proprietà*, UTET giuridica, Torino, 2015, pp. 347-8.

<sup>74</sup> Tra i primi significativi contributi in tal senso, v. U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1958. Tra le voci contrarie si veda invece S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, UTET, Torino 1987.

CEDU)<sup>75</sup>. È, dunque, opportuno soffermarsi sulla giurisprudenza europea al fine di valutare se il ragionamento adottato dalla Corte presenti alcune affinità argomentative con quelle che si è cercato di ricostruire guardando al conflitto tra proprietario e tollerato. L'indagine consentirà anche di mettere in luce le differenze che emergono nelle vicende di tolleranza aventi ad oggetto i beni pubblici, rispetto al conflitto tra tollerato e proprietario privato. A tal fine, è necessario fare alcune brevi premesse sul modo in cui la giurisprudenza di Strasburgo applica l'art. 1, P-1, senza le quali non sarebbe agevole comprendere la portata delle sue ultime decisioni.

Le pronunce che fanno riferimento alla tolleranza rappresentano il punto di approdo di un'evoluzione interpretativa che ha interessato l'unica disposizione a tutela di interessi patrimoniali contenuta nella Convenzione<sup>76</sup>.

Com'è noto, a partire dagli anni '80, l'art. 1, P-1, CEDU è stato oggetto di una vivace reinterpretazione che ne ha esteso notevolmente l'ambito di applicazione. La storica sentenza della Corte EDU, *Sporrong e Lönnroth*, ha interpretato i due commi dell'articolo sulla *Protection of property* attribuendogli una struttura tripartita. Così, l'art. 1, P-1, contiene al suo interno tre norme distinte: la prima enuncia un principio generale di rispetto dei beni (prima frase, 1° comma); la seconda tutela l'individuo dalle forme di privazione della proprietà, dettandone le

---

<sup>75</sup> Art. 1, Prot. I, ECHR: «*Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law. The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.*».

Cfr. tra i primi tentativi di esegesi della disposizione, S. BARIATTI, *Genesi e interpretazione dell'art. 1 del protocollo addizionale alla convenzione europea dei diritti dell'uomo nei lavori preparatori*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1989, pp. 215-20; T. Ballarino, *La proprietà protetta nel Primo Protocollo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1989, pp. 222 ss.; M. DE SALVIA, *Alcune riflessioni in tema di interpretazione del diritto al rispetto dei beni nella giurisprudenza della commissione e della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1989, pp. 233 ss.

<sup>76</sup> L'inserimento di una disposizione a tutela della proprietà all'interno di una Carta dei Diritti Umani è stato oggetto di critiche da parte di M. COMPORTI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Rivista di diritto civile*, n. 53, 2008, pp. 189 «*sia perché è del tutto improprio e antistorico l'inserimento della proprietà tra le libertà, sia perché i diritti fondamentali dell'uomo sono solo quelli di natura personale e non già quelli di natura patrimoniale.*» Un'altra voce critica è quella di L. NIVARRA, *La proprietà europea tra controriforma e "rivoluzione passiva"*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, pp. 610 ss.

condizioni di legittimità (seconda frase, 1° comma); la terza norma accorda agli Stati il potere di regolamentare l'uso dei beni in conformità all'interesse generale (2° comma)<sup>77</sup>.

Si è successivamente puntualizzato che le tre disposizioni sono distinte ma interconnesse grazie alla funzione unificante che svolge la prima disposizione (“*diritto al rispetto dei beni*”), la quale, oltre ad avere un'autonoma operatività residuale rispetto alle altre due, introduce il generale principio del *giusto equilibrio* tra scopo perseguito con l'ingerenza e mezzi utilizzati in relazione all'interesse leso del ricorrente, che sovrintende alle altre ipotesi di violazione<sup>78</sup>. L'interpretazione ha valorizzato soprattutto l'operatività della terza disposizione, la quale, da clausola che fa salva una certa discrezionalità statale nel conformare la disciplina proprietaria in relazione alle finalità di interesse generale, muta la sua funzione in un ulteriore potere di controllo da parte del giudice CEDU nei confronti delle scelte statali.

A questa svolta interpretativa ha fatto seguito – complici anche le discrepanze tra le due versioni linguistiche ufficiali circa il grado e l'oggetto della protezione dell'art. 1, P-1<sup>79</sup> – la progressiva dilatazione

---

<sup>77</sup> Nota: tutte le sentenze della Corte EDU sono reperibili alla banca dati HUDOC – European Court of Human Rights, in <https://hudoc.echr.coe.int>.

Corte EDU, 23 settembre 1982, *Sporrong e Lonnroth c. Svezia*, par. 61. In precedenza, già Corte EDU, 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio* aveva affermato che l'oggetto principale della tutela dell'art. 1, P-1, fosse non un blando rispetto dei beni privati contro gli abusi dell'autorità di pubblica sicurezza bensì il diritto di proprietà.

<sup>78</sup> La duplice funzione (preceettiva e valutativa) della prima disposizione è stata precisata in Corte EDU, 21 febbraio 1986, *James e altri c. Regno Unito*, par. 51-4; più di recente, Corte EDU, 5 gennaio 2000, *Beyeler c. Italia*, par. 98. Sui rapporti tra le tre disposizioni v. B. CONFORTI, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia di Strasburgo in tema di proprietà*, in M. COMPORTEI (a cura di), *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano 2005, pp. 109-12.

<sup>79</sup> Per quanto riguarda il livello di protezione, già i due termini *respect de biens* e *peaceful enjoyment of possessions* evocano una diversa intensità della tutela. Ma le discrepanze sono ancora più evidenti se di guarda all'oggetto della tutela. Infatti, come già rilevava la *dissenting opinion* del giudice Fitzmaurice nella già citata Corte Edu, *Marckx c. Belgio*, cit., nota 7, par.18, «*l'équivalence apparente des termes “possessions”, “property”, “bien” et “propriété”, dans des contextes différents et sans justification évidente, prête à confusion. La meilleure traduction du français “biens” est en anglais “assets” et non “possessions”, mais la meilleure traduction française de l'anglais “assets” est “avoirs”. En outre, il n'y a pas d'équivalent français vraiment satisfaisant du mot “possessions”, au pluriel. Ces anomalies de traduction ajoutent aux difficultés, mais par là même elles diminuent aussi la valeur de l'interprétation de la Cour*». Sul punto v. N. COLACINO, *Nuove proprietà e beni comuni nel diritto internazionale ed europeo*, Edizioni Nuova Cultura, 2012, pp. 110 ss.; tra i primi ad affrontare il problema linguistico-

dell'ambito di applicazione, basata su un'interpretazione della nozione di bene del tutto autonoma rispetto a quella fatta propria dagli ordinamenti nazionali<sup>80</sup>. La comprensibile necessità di contenere l'arbitrarietà statale nella determinazione formale delle situazioni patrimoniali rientranti nell'art. 1, P-1, non è stata accompagnata ad uno sforzo ricostruttivo, in linea con le tradizioni comuni agli Stati membri, per l'individuazione di «*criteri di riconoscimento delle situazioni proprietarie protette*»<sup>81</sup>.

Ne è conseguita la costruzione di una nozione di bene assolutamente originale<sup>82</sup>, che ha provocato le critiche della dottrina.

Ciò che merita attenzione non è tanto il progressivo allontanamento da una concezione fisicista di bene, che vale ad estendere l'ambito di tutela dell'art. 1, P-1, CEDU a beni immateriali (brevetti, marchi, ecc.), poste attive di bilancio (clientela e avviamento), prestazioni sociali erogate dallo Stato, licenze e concessioni amministrative<sup>83</sup> quanto la mancata adozione di criteri di selezione delle entità ricomprese in tale nozione, se non il fatto che il ricorrente lamenti la perdita di un *valore*

---

interpretativo, L. CONDORELLI, *La proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1970, pp. 175 ss., in particolare p. 183.

<sup>80</sup> Il principio ermeneutico di autonomia ha un'applicazione generalizzata nella Convenzione (ad esempio, per le nozioni di "pena" e "casa") ed è stato sviluppato per ragioni di effettività, ciò per impedire che le qualificazioni formali degli Stati membri possano eludere le garanzie convenzionali. Cfr. F. SUDRE, *Le recours aux 'notions autonomes'*, in F. SUDRE (a cura di), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis Bruylant, Bruxelles, 1998, in particolare sul rapporto tra nozione autonoma e margine di apprezzamento, pp. 108-9.

<sup>81</sup> A. GAMBARO, *Consonanze e dissonanze nelle fonti dell'istituzione proprietaria*, in *Jus Civile*, 7, 2016, pp. 281, in particolare p. 291; l'Autore critica l'approccio ermeneutico della Corte EDU che non ha «*corretto per via interpretativa le anomalie del testo dell'art. 1 del protocollo 1 alla CEDU e che anzi le [ha] aggravate pretendendo di conferire a tale testo un significato autonomo, nel senso di indipendente dalle tradizioni giuridiche comuni agli Stati membri; tradizioni che [...] sussistono e quindi potrebbero essere utilizzate*».

<sup>82</sup> Invero, come insegna il fondamentale contributo di A. GAMBARO, *I beni*, Giuffrè, Milano 2012, la nozione di bene presenta già sul piano civilistico un significato antibiologico.

<sup>83</sup> In questa sede non è possibile richiamare tutte le numerose tipologie di *beni* a cui la Corte ha esteso la protezione dell'art. P-1 e, per questo, si rinvia all'indagine svolta a suo tempo in A. DINISI, *Disciplina dei beni e principio di tolleranza nel diritto europeo*, cit., pp. 46-89. Sul punto cfr. anche M. L. PADELLETTI, *Art. 1 Prot. 1 - Protezione della proprietà*, in V. ZAGREBELSKY, S. BARTOLE, P. DE SENA, (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova 2012; A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 228-242.



*patrimoniale*<sup>84</sup>. Come è stato osservato in dottrina, ridurre l'individuazione dell'oggetto della tutela al solo valore economico che il singolo potrebbe perseguire finisce per paralizzare la funzione stessa che la nozione di bene svolge sul piano civilistico, vale a dire quella di selezionare gli interessi meritevoli di tutela proprietaria<sup>85</sup>.

Inoltre, l'indice della mera patrimonialità – in quanto riferibile sia al bene in sé che all'interesse sul bene – si riflette sull'ambigua sovrapposizione tra la situazione soggettiva del ricorrente e il suo oggetto, laddove la Corte di Strasburgo in numerose pronunce afferma che «*certaines autres droits et intérêts constituant des actifs peuvent aussi passer pour des "droits de propriété" et donc pour des "biens"*»<sup>86</sup>. Tale approccio è stato criticato per la sua scarsa attenzione alle elementari categorie ordinanti di diritto civile<sup>87</sup>.

In questa sede, però, interessa mettere in luce i risultati applicativi che sono conseguiti ad un'interpretazione così estensiva dell'ambito di applicazione dell'art. 1, P-1, CEDU. La protezione – inizialmente accordata ai *beni attuali* (materiali e immateriali) del ricorrente – è stata poi estesa a situazioni giuridiche diversamente qualificate dagli ordinamenti nazionali, come ad esempio i crediti *sufficientemente* certi e esigibili, sia verso lo Stato che verso i privati<sup>88</sup>, e, infine, a *meri interessi patrimoniali*, come la *legittima aspettativa* di perseguire un vantaggio patrimoniale futuro: dalla tutela di beni attuali (o comunque di diritti di cui il ricorrente

---

<sup>84</sup> M. L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2003 pp. 60 ss. la quale denuncia l'assenza di «una netta distinzione tra titolarità di un diritto stricto sensu e semplice interesse patrimoniale» (pp. 66-7).

<sup>85</sup> Cfr. C. ANGIOLINI, *L'interpretazione estensiva dell'art. 1, prot. 1, Cedu: fra tutele proprietarie e beni comuni*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 2, 2016, p. 331.

<sup>86</sup> Cfr. Corte EDU, 23 febbraio 1995, *Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH c. Paesi Bassi*, par. 53; Corte EDU, 25 marzo 1999, *Iatridis c. Grecia*, par. 54; v. ancora M. L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 31-9; C. ANGIOLINI, *L'interpretazione estensiva dell'art. 1, prot. 1, Cedu*, cit. p. 329.

<sup>87</sup> Ciò che crea problemi è la sovrapposizione concettuale tra bene e l'interesse e, quindi, tra l'oggetto della situazione e la situazione stessa. C. ANGIOLINI, *La questione dei beni comuni: un itinerario fra regimi dei beni e diritti fondamentali*, Tesi di Dottorato, Università Ca' Foscari, Venezia, 2018, p. 143: «la qualificazione di un interesse [...] come un bene può portare a conseguenze di non poco conto rispetto alla distinzione, per l'appunto, fra interessi e beni, e dunque fra versante oggettivo e versante soggettivo, con il possibile risultato di creare due entità oggettivate, il bene [...] su cui l'interesse si appunta e l'interesse stesso, e di faticare a trovare un modo – giuridico – di porli in connessione, e di considerare l'esistenza di altri interessi che si appuntano sullo stesso bene-cosa».

<sup>88</sup> Corte EDU, 9 dicembre 1994, *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis c. Grecia*, par. 59; Corte EDU, 20 novembre 1995, *Compania Naviera S. A. e altri c. Belgio*.

è già titolare al momento dell'ingerenza) la Corte è passata a proteggere il singolo per i vantaggi patrimoniali che questi ha soltanto la ragionevole aspettativa di conseguire alla luce dell'assetto legislativo considerato nel suo complesso<sup>89</sup>.

### 3.1. (segue) *espérance* del possessore e *tolérance* dello Stato

L'ultimo approdo di questo percorso interpretativo è quello che, dal caso *Beyeler*<sup>90</sup> in poi, ha riconosciuto una *espérance légitime* tutelabile, giustificandone il fondamento non più soltanto in base a circostanze di diritto (la legislazione vigente e i provvedimenti amministrativi) ma anche guardando all'elemento di puro fatto rappresentato dal comportamento in concreto assunto dall'autorità statale rispetto al godimento di un bene da parte del ricorrente in violazione delle leggi che ne regolano la circolazione e l'utilizzo. La protezione *ex art. 1, P-1, CEDU* viene ritenuta applicabile nonostante l'appropriazione da parte del privato sia

---

<sup>89</sup> Il *leading case* di questo indirizzo è rappresentato da Corte EDU, 29 novembre 1991, *Pine Valley Developments LTD e altri c. Irlanda*, riguardante la revoca di un permesso di costruire, emanato in via provvisoria prima dell'acquisto dell'immobile da parte del ricorrente e infine dichiarato nullo da sentenza della Corte suprema irlandese. Sebbene, la Corte non abbia accertato una violazione dell'art. 1, P-1, ne ha nondimeno affermato l'applicabilità al caso di specie, in quanto «*les requérants avaient pour le moins l'espérance légitime de pouvoir réaliser leur plan d'aménagement; il faut y voir, aux fins de l'article 1 du Protocole no 1 (P1-1), un élément de la propriété en question*». V. anche Corte EDU, 20 novembre 1995, *Pressos Compania Naviera S. A. e altri c. Belgio*; Corte EDU, 23 ottobre 1997, *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito*, Recueil, 1997

<sup>90</sup> Corte EDU, *Beyeler c. Italia*, cit. con commento di M. L. PADELLETTI, *Il caso Beyeler di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2000, pp. 781. Il caso aveva ad oggetto l'acquisto da parte del ricorrente, per mezzo di un mandatario italiano, di un quadro di Van Gogh. Sulla base degli allora vigenti artt. 30 e 31, l. n. 1089 del 1939, gli atti di disposizione aventi ad oggetto le cose di interesse artistico e storico dovevano essere denunciati al Ministero dei Beni Culturali con l'indicazione dell'effettivo acquirente affinché lo Stato potesse esercitare il diritto di prelazione. A distanza di anni dall'acquisto, il Governo italiano fece valere l'omessa comunicazione da parte del ricorrente per dichiarare la nullità dell'atto di disposizione, esercitando il suo diritto di prelazione al minor prezzo a cui la vendita era avvenuta inizialmente. Cfr. anche V. COLCELLI, *L'espérance légitime e la sua tutela ai sensi dell'art. 1 Prot. 1 C.E.D.U.*, reperibile presso il sito <https://diritti-cedu.unipg.it/> (ultima consultazione del 11 aprile 19); v. anche M. RENOLD, *A Landmark Decision in Art Law by the European Court of Human Rights: Beyeler v. Italy Case Notes*, in *Art Antiquity and Law*, n. 5, 1, 2000, pp. 73–76.

sprovvista di una minima base legale per l'ordinamento nazionale: l'elemento che giustifica la sua protezione è il fatto che lo Stato – nel caso di specie il Governo – sia rimasto inerte rispetto alla situazione originariamente *contra legem* del ricorrente e che, prima di reagire, abbia trattato il ricorrente come effettivo proprietario, tollerando il suo comportamento per un consistente lasso di tempo<sup>91</sup>.

Con tale sentenza la tutela della legittima aspettativa perde la sua originaria funzione: inizialmente invocata come parametro per determinare quando una pretesa creditoria fosse sufficientemente concreta e consolidata sul piano dell'ordinamento interno e, poi, per tutelare il ricorrente in buona fede da imprevedibili modifiche legislative o ripensamenti dell'autorità amministrativa, dal caso *Beyeler* in poi l'aspettativa può essere considerata legittima in ragione di un comportamento statale considerato *a posteriori* scorretto e incoerente. L'inerzia o la tolleranza dell'autorità pubblica rappresentano per la Corte elementi idonei a “legalizzare” la pretesa del privato e, quindi, a qualificare l'interesse patrimoniale del singolo come meritevole di protezione in base alla nozione di bene di cui all'art 1, P-1, CEDU.

Prima del suo definitivo consolidamento, questa pronuncia poteva apparire una soluzione isolata, motivata da ragioni di equità sostanziale. Infatti, per il particolare tipo di bene oggetto della controversia, il passare del tempo nell'inerzia consapevole dell'autorità statale aveva comportato un mutamento consistente del suo valore capitale, producendo così un ingiustificato arricchimento a vantaggio dell'autorità e ai danni del privato ricorrente<sup>92</sup>.

Tuttavia, la conclusione del *caso Beyeler* ha trovato eco in successive decisioni aventi ad oggetto – non più beni mobili di elevato valore storico-artistico bensì – beni immobili sottoposti ad un regime di

---

<sup>91</sup> Corte EDU, *Beyeler c. Italia*, cit., par. 104: «à diverses occasions, les autorités semblent avoir considéré de facto le requérant comme ayant un intérêt patrimonial dans cette peinture, voire comme en étant le véritable propriétaire». Ma in proposito si legga la considerazione della *dissenting opinion* del Giudice Ferrari Bravo secondo cui «il est vain de dire, comme le fait l'arrêt, que les autorités italiennes avaient considéré le requérant comme propriétaire alors que la vérité est qu'elles avaient eu la “prudence” de demander si la personne qui se prétendait propriétaire était ou non d'accord quant à certains déplacements du tableau».

<sup>92</sup> Basta ricordare che nel *caso Beyeler* il quadro fu acquistato dal ricorrente alla somma di 600.000.000 lire italiane per poi essere rivenduto a quella di 8.500.000 dollari. Facendo valere tardivamente la nullità del primo trasferimento e il proprio diritto di prelazione lo Stato italiano pretendeva di acquistare il quadro pagando il primo prezzo di acquisto.

indisponibilità demaniale su cui il privato ha per lunghi periodi di tempo compiuto attività di godimento diretto o addirittura attività di impresa (v. casi *Öneryıldız*<sup>93</sup>, *Hamer*<sup>94</sup>, *Depalle*<sup>95</sup>, *Valle Pierimpì Società Agricola S.p.A.*<sup>96</sup>, *Zhidov*<sup>97</sup> e, da ultimo, *Kosmas*<sup>98</sup>).

Non tutte queste decisioni si sono risolte con una condanna dello Stato: dopo aver riconosciuto l'interesse privato del tollerato come protetto dall'art. 1, P-1, la Corte ha argomentato caso per caso la presenza di un eccessivo squilibrio nella tardiva reazione dell'autorità pubblica cercando di attribuire di volta in volta all'inattività dello Stato un peso diverso nel bilanciamento tra interesse generale e interesse privato.

Per il fatto di introdurre un sindacato sul comportamento statale che prescinde dalla sua astratta legalità, tale indirizzo rappresenta una novità rispetto al modo tradizionale di concepire i rapporti tra lo Stato e i privati: la tolleranza dell'autorità, di fronte ad una apprensione illegale di un bene pubblico, viene considerata idonea a creare un affidamento tutelabile del privato che ha attuato quella stessa ingerenza, nonostante non esista nel panorama normativo nazionale una base legale che ne legittimi la pretesa. Si tratta di un controllo ben più penetrante sulla legittimità in concreto dei comportamenti statali.

Per tentare di armonizzare la nostra giurisprudenza con queste decisioni è, dunque, opportuno comprenderne la *ratio*, al fine di distinguere quando il comportamento dello Stato può dirsi idoneo ledere in concreto l'altrui affidamento. Infatti, una volta affermata la meritevolezza di tutela di questo interesse, non sempre la reazione tardiva sarà idonea a violare il giusto equilibrio imposto dal giudizio di proporzionalità.

La ricerca di una coerenza interna a questo indirizzo giurisprudenziale richiede di riflettere preliminarmente sulla peculiare struttura

---

<sup>93</sup> Corte EDU, 18 giugno 2002, *Öneryıldız c. Turchia*; Corte EDU (Grande Camera), 30 novembre 2004, *Öneryıldız c. Turchia*. Per un commento alle due sentenze nella prospettiva della salvaguardia dell'ambiente v. D. PAPADOPOULOU, *Environmental Calamities and the Right to Life: State Omissions and Negligence under Scrutiny*, in *Environmental Law Review*, n. 8, 1, 2006, pp. 59–65.

<sup>94</sup> Corte EDU, 27 febbraio 2008, *Hamer c. Belgio*.

<sup>95</sup> Corte EDU, 29 marzo 2010, *Depalle c. Francia*.

<sup>96</sup> Corte EDU, 23 settembre 2014, *Valle Pierimpì Società Agricola S.p.A. c. Italia*, con nota di T. GRECO, M. GRECO, *Valli da pesca, demanialità marittima ed esperance legittime del privato nella giurisprudenza Cedu*, in *Danno e responsabilità*, n. 20, 2, 2015, pp. 129-50.

<sup>97</sup> Corte EDU, 16 ottobre 2018, *Zhidov e altri c. Russia*.

<sup>98</sup> Corte EDU, 29 giugno 2017, *Kosmas e altri c. Grecia*.

delle sentenze della CEDU. Infatti, prima di decidere se effettivamente vi è stata una violazione dell'art. 1, la Corte deve individuare quale delle tre norme – *rispetto dei beni, privazione della proprietà o regolamentazione dell'uso dei beni* – sia in concreto applicabile al caso di specie<sup>99</sup>. Tale scelta non è neutra, in quanto il giudizio di proporzionalità viene fortemente condizionato dal tipo di norma che si afferma essere violata: in particolare, quando si qualifica l'ingerenza come una privazione della proprietà, per prassi consolidata della Corte soltanto la corresponsione di un giusto indennizzo può rendere proporzionata l'ingerenza statale, mentre qualora si riconduca la fattispecie nelle altre due disposizioni, il giudizio può prescindere dall'indennizzo e limitarsi a valutare la legittimità e il giusto equilibrio tra scopo perseguito e mezzi adoperati.

L'importanza del tipo di norma applicata nell'influenzare il successivo giudizio di proporzionalità emerge con evidenza nel caso *Valle Pierimpie*<sup>100</sup>, in cui l'oggettivazione dell'interesse sostanziale del ricorrente è tale da indurre il giudice europeo a qualificare l'ordine di rilascio del bene posseduto di fatto come una *privazione della proprietà*. L'affidamento generato dall'inerzia statale unito al possesso del bene viene considerato una proprietà tutelabile in base alla disciplina dell'espropriazione per pubblica utilità.

Una volta che il possesso del ricorrente sul bene viene elevato a diritto di proprietà, attribuendo così alla tolleranza un'efficacia sanante della situazione di fatto, il giudice CEDU ritiene di per sé violata la

---

<sup>99</sup> Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights - Protection of property*, 2019 [reperibile presso il sito <https://www.echr.coe.int> (Case-law – Case-law analysis – Case-law guides), ultimo aggiornamento 31 agosto 2019]. Un'analisi dettagliata dei tre tipi di ingerenza è fornita da M. L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 103 ss.; EAD., *Art. 1 Prot. 1 - Protezione della proprietà*, in V. ZAGREBELSKY ET AL. (A CURA DI), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, 2012.

<sup>100</sup> Nel caso di specie la società ricorrente aveva acquistato un complesso immobiliare e produttivo, con atto notarile registrato, per farne un allevamento ittico. Tale acquisto ricomprendeva anche le c.d. valli da pesca della Laguna di Venezia. A distanza di anni tale proprietà era sottoposta a diversi accertamenti a seguito dei quali si contestava l'appartenenza delle valli al demanio pubblico marittimo e, quindi, l'occupazione abusiva delle stesse da parte dei ricorrenti. Di conseguenza la proprietà fu sequestrata senza alcun risarcimento a titolo di esproprio in favore dei privati; al contrario questi hanno dovuto versare un indennizzo allo Stato per l'occupazione abusiva del bene demaniale.

disposizione senza indagare ulteriormente le ragioni che hanno giustificato l'originaria inerzia e la successiva reazione statale<sup>101</sup>.

Infatti, il necessario giusto indennizzo richiesto – per prassi costante della Corte<sup>102</sup> – dalla seconda norma per ritenere l'esproprio proporzionato impedisce una ponderazione seria del sacrificio del privato alla luce di tutte le circostanze del caso concreto. Se è vero, infatti, che la Corte prende in considerazione altre circostanze nella valutazione complessiva della proporzionalità dell'ingerenza, il problema dell'indennizzo assume un peso preponderante nella soluzione del caso concreto. In tal modo, la definizione dell'ambito di applicazione e della norma applicabile al caso di specie rappresenta il momento centrale del giudizio di condanna<sup>103</sup>.

La scelta di tutelare il ricorrente attraverso la seconda norma deriva dalla particolare considerazione che la Corte EDU dà alla circostanza di fatto per cui la situazione di incertezza sul bene e la presenza di un formale titolo di proprietà in capo al ricorrente comportassero la buona fede di questo nel considerarsi legittimo proprietario. Tale circostanza, però, se può assumere rilevanza nel giudizio di proporzionalità, non deve, invece, incidere sulla determinazione della norma applicabile. È, dunque, comprensibile la critica della dottrina<sup>104</sup> riguardo la decisione del caso di specie<sup>105</sup>. L'identificazione della *legitimate expectation*

---

<sup>101</sup> Così risulta decisivo per Corte EDU, *Valle Pierimpì c. Italia*, cit., par. 75, che «nel caso di specie alla ricorrente non [sia] stato offerto alcun indennizzo per la privazione del suo bene».

<sup>102</sup> M. L. PADELLETTI, *Art. 1 Prot. 1 - Protezione della proprietà*, cit, p. 800.

<sup>103</sup> Tale aspetto dell'anticipazione della decisione al momento della definizione dell'ambito di applicazione è stato acutamente messo in luce da A. IANNARELLI nel corso del Seminario del Corso di Dottorato di Scienze Giuridiche dell'Università di Pisa del 15 settembre 2017 avente ad oggetto *La nozione di bene fra il Codice civile e l'art. 1 Prot. 1 CEDU* (Relatori: A. GAMBARO, M. L. PADELLETTI, A. IANNARELLI).

<sup>104</sup> A. GAMBARO, *Categorie del diritto privato e linguaggio delle carte dei diritti fondamentali*, in *Rivista di diritto civile*, n. 62, 5, 2016, pp. 1225–1245, in particolare p. 1243: «la Corte EDU non fa ricorso a criteri di graduazione e bilanciamento degli interessi in conflitto perché parte da un presupposto che non li consente logicamente. Il falso presupposto è l'idea che possa esservi un diritto classificato tra quelli fondamentali – nel caso, quello di proprietà – che anziché essere definito con una qualche precisione descrittiva è costituito da un amalgama indistinta tratta dai concetti di bene, possesso, aspettativa».

<sup>105</sup> Sul punto si confronti l'opposta ricostruzione avanzata dal giudice italiano in Cass. Civ., Sez. Un., 14 febbraio 2011, n. 3665, in *Foto It.*, febbraio 2012, I, 573, con nota di E. PELLECCIA, *Valori costituzionali e nuova tassonomia dei beni: dal bene pubblico al bene comune*, in cui la Corte afferma che la valle da pesca oggetto di lite rientra tra quei «beni che, indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore, per loro intrinseca natura o finalizzazione, risultino, sulla base di una compiuta interpretazione dell'intero sistema

con un diritto di proprietà pieno, impedisce a monte ogni possibilità di equo contemperamento tra interesse generale e interesse privato che sul medesimo bene insistono, perché impedisce di giustapporre tutele di diversa intensità a seconda del tipo di situazione giuridica presa in esame: proprietà, possesso e affidamento sono situazioni diverse fra loro la cui protezione in tanto può coesistere in quanto è possibile diversificarne l'intensità<sup>106</sup>.

Di conseguenza, il fatto di attribuire ad un possesso la medesima protezione del diritto di proprietà porta il giudice europeo a cadere in una inevitabile contraddizione quando sono due privati – uno possessore e uno proprietario – ad essere in conflitto: nella scelta tra tutelare la situazione di fatto o quella di diritto, un'impostazione interpretativa che tende ad equiparare le due situazioni e ad attribuirgli la medesima conseguenza rimediabile, entra inevitabilmente in sofferenza. Mentre, infatti, in presenza di una proprietà pubblica la protezione della situazione di fatto, consente un bilanciamento – per quanto criticabile – che sia completamente spostato in favore dell'interesse privato, quando il possesso ha ad oggetto un bene di proprietà di un altro soggetto, il giudice si vede costretto a dover tutelare contemporaneamente due situazioni che pretende di qualificare entrambe come “proprietà” e a cui attribuisce di conseguenza una medesima tutela. Questa impropria sovrapposizione emerge chiaramente dal confronto della giurisprudenza richiamata con altre decisioni – le note pronunce *J.A. Pye (Oxford) Ltd e J.A. Pye (Oxford) Land Ltd*<sup>107</sup> – in cui la Corte si interroga sull'illegittimità

---

*normativo, funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività e che - per tale loro destinazione alla realizzazione dello Stato sociale - devono ritenersi "comuni", prescindendo dal titolo di proprietà, risultando così recessivo l'aspetto demaniale a fronte di quello della funzionalità del bene rispetto ad interessi della collettività».* Si veda anche Cass. Civ., Sez. Un., 18 febbraio 2011, n. 3938, in *Corriere Giuridico*, 2011, 6, 799, con nota di T. GRECO, M. GRECO, *La storia immutata delle valli da pesca dalla Serenissima ad oggi*.

<sup>106</sup> Invero, il problema non sfugge al Giudice Wojtyczek che nella sua opinione dissenziente a Corte EDU, *Kosmas e altri c. Grecia*, cit., par. 3, rileva come «*la Cour qualifie le "bien" protégé par l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention de la façon suivante: la "possession du terrain". Il est indéniable que la possession d'un bien immobilier est une situation juridique protégée en droit grec par des droits subjectifs. Toutefois, il faut souligner que cette protection est relative et limitée [...] Le constat de violation de l'article 1 du Protocole n° 1 dans la présente cause équivaut à transformer un droit faible (un droit subjectif protégeant la possession) en un droit fort, ou un droit relatif et limité en droit national en un droit plus absolu et affranchi des principales limitations imposées en droit national*».

<sup>107</sup> Cfr. la pronuncia Corte EDU, 15 novembre 2005, *J.A. Pye (Oxford) Ltd e J.A. Pye (Oxford) Land Ltd c. Regno Unito*, poi riformata da Corte EDU (Grande Camera), 30

del tradizionale istituto dell'*adverse possession* (analogo all'usucapione) in quanto il possesso con effetti acquisitivi del diritto sacrifica senza indennizzare – e quindi senza giusto equilibrio – la posizione del privato che vede estinguersi il proprio diritto di proprietà.

Una volta messe in luce le contraddizioni di un approccio interpretativo che tende ad equiparare possesso e proprietà sul piano della meritevolezza di tutela e, quindi, dei rimedi applicabili, è comunque possibile valorizzare l'elemento di novità che la giurisprudenza in materia di tolleranza ha voluto introdurre. In altri termini, criticare il percorso interpretativo della Corte non significa necessariamente negare che un comportamento scorretto da parte dello Stato, lesivo dell'affidamento del ricorrente tollerato non debba essere meritevole di una tutela da parte dell'ordinamento, ma semmai che questa *legitimate expectation* non possa essere protetta con la medesima intensità con cui la Corte vuole tutelare il diritto di proprietà legittimamente acquisito in base alla legislazione nazionale, in quanto si tratta di situazioni strutturalmente diverse l'una dall'altra: un diritto soggettivo e un affidamento. Così, anche con riferimento alla proprietà pubblica, un conto è operare un controllo sul comportamento inattivo dello Stato, un conto è attribuire a tale comportamento un effetto sanante dell'originario abusivismo che abbia come effetto quello di negare *in toto* il regime di indisponibilità demaniale, che qualsiasi cittadino è tenuto a conoscere e rispettare prima e a prescindere dalla tolleranza della Pubblica Amministrazione.

A tal proposito è utile rilevare come, in altre pronunce – casi *Hammer* e *Depalle* – aventi ad oggetto la costruzione abusiva di un immobile su un bene demaniale inizialmente tollerata dallo Stato, il successivo ordine di demolizione è stato diversamente qualificato e ricondotto all'interno del terzo tipo di ingerenza, vale a dire la regolamentazione dell'uso dei beni. Questa impostazione appare sicuramente più in linea con la disciplina civilistica dei beni pubblici. Infatti, l'ordine di demolizione dell'immobile, piuttosto che rappresentare un atto ablativo del diritto di proprietà del ricorrente, costituisce la conseguenza giuridica

---

agosto 2007, *J.A. Pye (Oxford) Ltd e J.A. Pye (Oxford) Land Ltd c. Regno Unito*. V. sul punto A. GAMBARO, *Consonanze e dissonanze*, cit., pp. 293-4 che dal confronto tra queste decisioni e quelle in materia di tolleranza trae le seguenti conclusioni critiche: «*un gazzabuglio di decisioni in cui di volta in volta si pone in discussione la violazione del primo protocollo per non aver protetto il titolare del diritto di proprietà contro l'acquisto per usucapione di un possessore sine titulo; ma altre volte si decide che vi è violazione dell'art. 1 del primo protocollo se si tenta di estromettere dal fondo il possessore illegittimo*».



del regime legale previsto da qualsiasi ordinamento democratico per la tutela del proprio patrimonio pubblico. Con tale disciplina (artt. 822-31 c.c.), il Codice civile regola il conflitto tra proprietà pubblica e possesso di beni demaniali, attraverso una deroga alle ordinarie regole di acquisto della proprietà, con lo scopo di impedire che il patrimonio pubblico venga sottratto alla fruizione collettiva. Per tali beni viene esclusa l'appropriabilità *ad usucapionem* da parte dei privati che ne entrano in possesso (art. 823 c.c.). Una disciplina di questo tipo rappresenta una regolamentazione dell'uso dei beni giustificato dal perseguimento di obiettivi di interesse generale. Come ha ricordato la stessa Corte, infatti, «*le régime juridique du domaine public, en tant qu'il affecte celui-ci à l'usage du public afin de servir le bien commun, correspond à cette catégorie [id est réglementation de l'usage des biens]*»<sup>108</sup>.

Infine, giova ricordare l'ipotesi in cui la Corte EDU ha qualificato la violazione statale all'interno della prima e residuale norma che impone il rispetto dei beni. Nel caso *Öneriyildiz*, la violazione dell'art. 1, P-1, CEDU è derivata dalla distruzione involontaria – causata da un'esplosione di metano – dell'abitazione del ricorrente, abusivamente costruita in una *bidonville*. La Corte ha ritenuto che l'omesso intervento dello Stato rappresentasse un'ingerenza alla luce del suo obbligo positivo di garantire la sicurezza dell'insediamento abitativo, a prescindere dalla sua legalità<sup>109</sup>. Ciò spiega non soltanto la condanna ma anche la collocazione del caso di specie nell'ambito della prima e generale norma (diritto al rispetto dei beni) invece che della terza (regolamentazione dell'uso dei beni), in quanto la vicenda non consentiva ragionevolmente di rintracciare nel comportamento dello Stato alcuna forma di intervento regolativo su beni pubblici o privati. Anzi, proprio la negligente mancanza di un intervento a protezione dei beni del ricorrente costituisce per la Corte un'ingerenza sanzionabile *ex art. 1, P-1, CEDU*. In altri termini, l'inerzia dello Stato assume una duplice rilevanza nel caso di specie: innanzitutto, come negli altri casi, vale a fondare l'interesse patrimoniale del ricorrente attraverso la tolleranza implicita della situazione di fatto; in secondo luogo, la protratta inattività integra anche l'ingerenza al rispetto dei beni, qualora sia ravvisabile un obbligo

---

<sup>108</sup> Corte EDU, *Depalle c. Francia*, cit., par. 80; analogamente anche Corte EDU, *Hamer c. Belgio*, cit., par. 77.

<sup>109</sup> A tal proposito la Corte EDU ha riconosciuto la responsabilità statale in forza della dottrina degli obblighi positivi, su cui si avrà modo di tornare con maggiore dettaglio nel prosieguo del lavoro (cfr. Cap. IV).

positivo di protezione dell'interesse del privato a cui l'autorità statale non ha adempiuto<sup>110</sup>. Analogamente, anche nel caso *Kosmas* si è ritenuto di applicabile l'art. 1, nella veste del *droit au respect des biens*, e si è condannata la violazione dell'affidamento del ricorrente<sup>111</sup>.

I casi sopra richiamati confermano che, a parte la sentenza sulle valli veneziane, la reazione dello Stato non è mai stata qualificata come una privazione della proprietà. Ciò significa che alla tolleranza non viene generalmente attribuita un'efficacia sanante della situazione abusiva e, conseguentemente, che la legittimità della reazione non dipenderà dall'applicazione della disciplina dell'esproprio per pubblica utilità ma dal comportamento in concreto posto in essere dall'autorità statale. Tenere distinte le pronunce in materia di tolleranza in ragione della diversa disposizione applicata risulta di aiuto alla comprensione dei criteri tramite i quali il giudice di Strasburgo considera sproporzionato il comportamento statale di tardiva reazione alla situazione di fatto tollerata.

### 3.2. (segue) il giusto equilibrio delle ipotesi di tolleranza

Il giudizio di proporzionalità introdotto dalla Corte di Strasburgo con le sentenze in materia di tolleranza (cfr. supra par. precedente) comporta un controllo sui comportamenti statali ben più incisivo di quello previsto dagli ordinamenti interni.

In base ad una consolidata giurisprudenza nazionale, infatti, quando il privato si appropria di un bene in violazione delle norme che ne disciplinano la circolazione e il godimento, il successivo comportamento di inerzia o tolleranza dello Stato rispetto alla situazione di fatto non «*può radicare alcuna posizione di diritto o di interesse in capo [all'occupante], in quanto trattandosi di un rapporto pubblicistico, la situazione de facto*

---

<sup>110</sup> Corte EDU, 18 giugno 2002, *Öneryıldız c. Turchia*, cit., par. 145-6: «*l'exercice réel et efficace de ce droit ne saurait dépendre uniquement du devoir de l'Etat de s'abstenir de toute ingérence: il peut exiger des mesures positives de protection [...] l'accumulation des omissions des autorités administratives s'agissant de prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher la matérialisation du risque d'explosion de méthane donc du glissement de terrain qui en a résulté va également à l'encontre de l'exigence d'une protection "concrète et effective" du droit garanti par l'article 1 du Protocole 1*».

<sup>111</sup> Corte EDU, *Kosmas e altri c. Grecia*, cit., par. 71: «*bref, l'intérêt patrimonial du premier requérant était suffisamment important et reconnu pour constituer un intérêt substantiel et donc un bien au sens de la norme exprimée dans la première phrase de l'article 1 du Protocole n° 1, laquelle est donc applicable quant à ce volet du grief examinés*».

*realizzatasi non può convertirsi automaticamente in un formale rapporto concessorio*<sup>112</sup>. Si tende così ad escludere che la tolleranza dell'occupante possa far sorgere pretese tutelabili in modo implicito, ma al contrario si afferma che ciò possa avvenire soltanto attraverso una formale regolarizzazione *ex post* della situazione di fatto attuata attraverso un atto di concessione.

In realtà, anche l'ordinamento nazionale riconosce la rilevanza giuridica della situazione di fatto che il privato può esercitare su un bene pubblico indisponibile. In base all'art. 1145 c.c., infatti, nonostante la generale esclusione degli effetti del possesso per le cose fuori commercio, l'ordinamento estende la tutela contro lo spoglio al possessore di beni demaniali (2° comma) e quella contro la molestia che interferisca con l'esercizio di facoltà che possono formare oggetto di concessione (3° comma)<sup>113</sup>. Tuttavia, la tutela possessoria non è concessa all'interessato per tutelarsi contro gli atti di spoglio o molestia posti in essere direttamente dalla P.A. nell'esercizio del suo potere autoritativo<sup>114</sup>.

Una volta esclusa la possibilità di acquisto ad usucapione dei beni demaniali, il legislatore differenzia la tutela della situazione di fatto nei rapporti tra privati da quella nei confronti dello Stato: in questo modo si vuole rafforzare la protezione del soggetto che utilizza e gestisce il bene rispetto alle aggressioni di altri privati, sul presupposto che questi ultimi non agiscano nel perseguimento di un interesse prevalente. Diversamente, l'autorità pubblica – a meno che non agisca *iure privatorum* – potrà sempre compiere atti di gestione dei beni demaniali senza che la situazione di fatto del privato ne possa ostacolare l'esercizio. In altri termini, in tanto il privato è tutelato nel suo possesso in quanto lo Stato è assente nella gestione diretta del bene. Ma una volta che questo agisce – non importa se tardivamente – il privato non potrà tutelare il suo possesso contro lo Stato, che gode di un generalizzato potere di autotutela possessoria (art. 823 c.c.; v. in seguito Cap. 5, par. 4).

---

<sup>112</sup> Cons. di Stato, 28 aprile 2006, n. 2398, in *Foro amm. CDS*, 2006, 4, 1174; Cons. di Stato, 27 settembre 2004, n. 6277, in *Riv. giur. edilizia*, 2005, I, 619; T.A.R., Campobasso, 8 gennaio 2014, n. 29, in *Foro amm.*, 2014, 1, 288. Si veda anche Cass. Civ., 12 aprile 1984, n. 2352, in *dejure.it*.

<sup>113</sup> E. CARBONE, *Tolleranza e buona fede nel possesso. Successione, accessione e cose fuori commercio. Artt. 1144-1147*, cit., pp. 118 ss.

<sup>114</sup> Cfr., in proposito, Cass. civ., Sez. Un., 28 maggio 1998, n. 5294, in *Urbanistica e appalti*, 1998, 9, 974. Sulla legittimazione a esercitare la tutela contro lo spoglio per atti della P.A. esercitati *iure privatorum*, v. Tribunale Reggio Emilia, 16 giugno 2007, in *leggiditalia.it*.

Ebbene, le decisioni in materia di tolleranza aggiungono un nuovo parametro di valutazione della legittimità della reazione dello Stato alle situazioni di fatto sui beni pubblici, che non si accontenta dell'astratta corrispondenza del comportamento statale alla legge. Si tratta, dunque, di individuare nelle sentenze richiamate i criteri di valutazione in cui si concretizza il giudizio di proporzionalità dell'agire statale.

Un primo elemento che emerge dalle pronunce è l'idoneità della tolleranza statale ad alimentare una situazione di incertezza circa l'effettiva appartenenza del bene. Tale incertezza non viene giudicata guardando esclusivamente al comportamento inerte dello Stato ma anche alla legislazione statale che impedisce al privato di appropriarsi del bene. Maggiore è l'incertezza delle regole di circolazione del bene e conseguentemente il margine di discrezionalità lasciato alle autorità nazionali per la sua applicazione, maggiore sarà la rilevanza del modo in cui tale discrezionalità viene esercitata nel caso concreto<sup>115</sup>. In breve, l'esistenza di una norma incerta e di scarsa chiarezza da sola non basta a violare il principio di legalità dell'interferenza statale: il giudizio si sposta sul modo in cui il diritto nazionale viene in concreto interpretato e applicato nel caso di specie secondo una valutazione di coerenza del comportamento dell'autorità.

Ma il peso che assume l'inerzia dello Stato non riguarda per la Corte di Strasburgo soltanto il profilo della certezza giuridica. Invero, il fatto che lo Stato tolleri senza reagire l'occupazione *sine titulo* del privato viene considerata una circostanza rilevante per sindacare se lo Stato abbia o meno perseguito l'interesse generale di cura e gestione di beni pubblici posto alla base di quel particolare regime giuridico. In altri termini, il regime di indisponibilità previsto dalla legislazione è giustificato fintanto che l'autorità persegue, con il proprio comportamento attivo, le finalità generali sottese alla legislazione limitativa dell'interesse privato. L'inerzia, quindi, non viene sanzionata soltanto per la sua idoneità a generare un affidamento successivamente disatteso, ma anche e

---

<sup>115</sup> V. Corte EDU, *Beyeler c. Italia*, cit., par. 109 e 119: «*la large marge de manœuvre dont les autorités ont disposé dans le cadre des dispositions applicables, telles qu'interprétées par les juridictions internes, ainsi que le manque de clarté dans la loi, ci-dessus relevé, ont amplifié l'incertitude au préjudice du requérant*». V. M. L. PADELLETTI, *Il caso Beyeler di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 795-6. Al contrario, in Corte EDU, *Depalle c. Francia*, cit., par. 86 si esclude espressamente che il comportamento dell'autorità «*abbia contribuito a mantenere l'incertezza sulla situazione giuridica del "bene"*».

soprattutto perché manifesta la colpevole assenza dello Stato nella gestione tempestiva del bene pubblico<sup>116</sup>.

Questo secondo argomento diventa centrale in quelle pronunce in cui il giudice europeo attribuisce alla disciplina dei beni demaniali lo scopo legittimo di tutela dell'ambiente (*casi Hamer e Depalle*). Il ritardo nell'intervento statale in questi casi viene ritenuto giustificato in ragione del progressivo mutamento di percezione circa l'importanza della tutela dell'ambiente<sup>117</sup>. In tal caso, infatti, l'assenza di una reazione tempestiva ai comportamenti abusivi del privato non è considerata negligente se rapportata al momento in cui l'appropriazione abusiva ha avuto luogo, vale a dire quando la tutela del demanio marittimo non aveva ancora assunto sul piano politico l'importanza che riveste attualmente.

Questa duplice rilevanza del comportamento statale, di tolleranza rispetto al privato e di inerzia rispetto all'interesse generale, mette in luce la finalità complessiva delle decisioni esaminate. Qualora la tolleranza dello Stato generi affidamenti legittimi nei confronti dei privati, la Corte, nel bilanciamento di interessi che è chiamata ad operare caso per caso, valuta se lo Stato ha dimostrato di perseguire una gestione del patrimonio pubblico attiva e tempestiva. In altri termini, tutelando l'affidamento del privato, si vuole (indirettamente) sanzionare lo Stato per le sue negligenze nella cura dei beni pubblici.

Tale criterio di bilanciamento tra interesse privato e generale risente inevitabilmente del contenuto del testo che la Corte è chiamata ad applicare. Infatti, la CEDU, è una carta dei diritti e delle libertà individuali che impone obblighi negativi e positivi allo Stato nei confronti dei privati. Essa però non attribuisce direttamente doveri allo Stato nel perseguimento di obiettivi di interesse generale né ai privati nei confronti di altri privati. Di conseguenza, nella gestione del patrimonio pubblico, ogni Stato membro mantiene un ampio margine di discrezionalità e nessun ricorrente potrà agire per sanzionare direttamente l'inerzia statale rispetto alla tutela dell'interesse ambientale.

A fronte di questo limite di competenza dell'ordinamento della CEDU, la Corte di Strasburgo introduce indirettamente un controllo

---

<sup>116</sup> Corte EDU, *Beyeler c. Italia*, cit., par. 120: «*face à une question d'intérêt général, les pouvoirs publics sont tenus de réagir en temps utile, de façon correcte et avec la plus grande cohérence*».

<sup>117</sup> V. ancora Corte EDU, *Depalle c. Francia*, cit., par. 86, per cui «*l'eccezionale lunghezza dell'occupazione oggetto della controversia e determinate esitazioni da parte delle autorità si collocavano in un'epoca in cui le preoccupazioni per la gestione del territorio e dell'ambiente non avevano ancora raggiunto il loro attuale sviluppo*».

dell'inadempienze dello Stato rispetto al perseguimento dell'interesse generale all'interno del giudizio di giusto equilibrio. Il risultato di questa scelta politica della Corte è quello di legittimare *a posteriori* la situazione di fatto del privato che si è instaurata per colpa del disinteresse statale per il proprio patrimonio.

Se, dunque, l'intento della Corte è quello di sanzionare le gestioni inefficienti dello Stato, tale risultato verrebbe smentito da una tutela troppo forte dell'interesse privato. L'inerzia statale, che danneggia sia il privato che il pubblico, non può essere sanzionata attraverso una sostanziale disapplicazione del regime di indisponibilità dei beni demaniali<sup>118</sup>, che finirebbe per porre la proprietà pubblica su un piano inferiore rispetto a quella privata.

Per concludere, il breve *excursus* giurisprudenziale consente di trarre un bilancio sulla rilevanza della tolleranza dello Stato di fronte ad un'occupazione *sine titulo* di una proprietà pubblica. L'interpretazione autonoma della nozione di bene ha il pregio di far emergere l'interesse nascente dal comportamento statale, qualificato come *legitimate expectation*. Interesse che non si identifica né con il possesso né con la proprietà, ma che nasce dal fatto che la situazione di fatto venga permessa per un lungo periodo di tempo.

Il comportamento dello Stato viene in considerazione sotto due profili distinti: quello di contribuire all'incertezza della situazione di appartenenza e quello di manifestare un'inerzia nel perseguimento dell'interesse generale. Il primo profilo si avvicina a quello che entra in gioco nella tolleranza tra privati in quanto contribuisce a far ritenere il ricorrente legittimo proprietario del bene oggetto di appropriazione abusiva. Non si tratta di un comportamento volontario di sopportazione, ma piuttosto di una situazione di generica incertezza alimentata tanto dalla legislazione quanto dal successivo comportamento dell'autorità. Ma in entrambi i casi, il risultato è quello di creare un affidamento meritevole di tutela.

Il secondo profilo, invece, riguarda la responsabilità dell'attore pubblico nella gestione dei beni di sua proprietà. Mentre il proprietario privato ha una facoltà di non uso del bene che gli consente di non utilizzarlo, il soggetto pubblico ha un dovere di gestione dei beni pubblici.

---

<sup>118</sup> A. GAMBARO, *Categorie del diritto privato e linguaggio delle carte dei diritti fondamentali*, cit., p. 1245, a proposito del caso *Valle Pierimpè* rileva che la tutela di una situazione di possesso *sine titulo* alla stregua di un diritto di proprietà comporta un annichilimento della proprietà pubblica.

Il fatto di permettere, attraverso la negligente tolleranza, l'impossessamento privato dei beni pubblici costituisce una violazione di questo dovere, che la Corte prende in considerazione nel valutare il giusto equilibrio.

Questi due aspetti, che emergono nel giudizio di proporzionalità, sono espressione di interessi diversi e disomogenei, che non possono essere tutelati contemporaneamente attraverso un rimedio di natura reale. Infatti, se si sceglie di tutelare l'affidamento del privato riconoscendogli la proprietà del bene – o comunque qualificando la reazione dello Stato come una privazione della proprietà – l'interesse generale verrà definitivamente sacrificato. Il rimedio risulterà contraddittorio rispetto all'intento che emerge nelle motivazioni della Corte di voler sanzionare lo Stato per la sua inerzia nel curare i beni di interesse pubblico. Disapplicare tale disciplina legale di indisponibilità dei beni pubblici sarebbe un risultato paradossale rispetto alla finalità perseguita.

Piuttosto, una corretta qualificazione dell'interesse privato leso dalla condotta statale porta a concludere per una forma di riparazione risarcitoria che riesca a compensare la perdita patrimoniale derivante dall'aver confidato in una situazione di fatto priva di fondamento legale a causa del comportamento incoerente dell'amministrazione<sup>119</sup>. Una forma di indennizzo di questo tipo, liquidata ai sensi dell'art. 41, CEDU può rappresentare al contempo sia una equa soddisfazione per quanto il privato ha effettivamente subito e, in secondo luogo, può indirettamente svolgere una funzione sanzionatoria per l'inerzia statale nel perseguimento del suo dovere di cura dell'interesse generale.

#### 4. Inerzia del proprietario e possesso

I modi di manifestazione dell'esercizio del non uso da parte del titolare del diritto non si riducono soltanto alla tolleranza. La mancata reazione di fronte ad un impossessamento altrui può concretizzarsi in un atteggiamento espressivo di un maggior disinteresse rispetto al bene, che prende il nome di *inerzia*. Tale comportamento assume un

---

<sup>119</sup> Tale soluzione sembra essere stata adottata in Corte EDU, *Kosmas e altri c. Grecia*, cit., par. 94, in cui a fronte di una richiesta di indennizzo calcolata sul valore venale del bene posseduto dal ricorrente *sine titulo*, la Corte si è limitata a liquidare la più modesta somma rappresentata dai danni materiali derivanti dallo sfratto e i pregiudizi economici legati all'impossibilità di continuare a sfruttare economicamente il bene. Ad ogni modo, la condanna dello Stato non ha portato all'applicazione di un rimedio restitutorio che mirasse preservare il godimento del bene da parte del ricorrente.

significato sociale diverso da quello del tollerante e, quindi, a questo viene fatta corrispondere dall'ordinamento l'applicazione di una disciplina di maggior favore per l'effettivo utilizzatore del bene. Nella descrizione del comportamento tollerante (cfr. *supra* par. 2.1.), sono già emersi alcuni tratti caratteristici dell'inerzia, la quale, diversamente dalla prima, non esclude l'acquisto del possesso di chi eserciti l'attività sul bene e, quindi, l'applicazione della relativa disciplina.

Il principale elemento di distinzione è quello dell'ignoranza dell'altrui intrusione. Mentre nella tolleranza il titolare, per poter essere nella condizione di sopportare, ne deve necessariamente avere consapevolezza, qui il comportamento di non reazione al contrario è motivato dalla mancata percezione dell'intrusione<sup>120</sup>. Si tratta di un comportamento omissivo obiettivamente valutabile, per cui non rileva (se non per specifici effetti estranei all'acquisto del possesso *ex art.* 1144 c.c.) la sua volontarietà né le situazioni di impossibilità soggettiva. Il fatto di concentrare l'attenzione sul dato della conoscenza dell'intrusione permette di semplificare notevolmente l'accertamento dell'inerzia, valutando il livello di controllo e di prossimità che il proprietario (o precedente possessore) ha sul bene al momento dell'intrusione (o nel periodo immediatamente successivo): da tale circostanza sarà possibile inferire la conoscenza o meno dell'intrusione e, quindi, attribuire alla non reazione la valenza di tolleranza o di inerzia, anche nelle ipotesi in cui il proprietario tolleri passivamente, senza aggiungere al suo *patis* un comportamento positivo<sup>121</sup>. Che poi alla conoscenza dell'intrusione (*id est* tolleranza) si accompagni una manifestazione esteriore di sopportazione, è una circostanza ulteriore ed eventuale che, come si è detto, contribuisce ad agevolare l'accertamento della tolleranza e a produrre

---

<sup>120</sup> S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, cit., p. 67, per cui «la mancata conoscenza della utilizzazione del bene induce a qualificare come inerzia il comportamento di non reazione del proprietario e come possesso l'attività del terzo»; E. CARBONE, *Tolleranza e buona fede nel possesso. Successione, accessione e cose fuori commercio. Artt. 1144-1147*, cit., pp. 75-8. Contrario G. SICCHIERO, *Tolleranza*, cit., p. 373: «la necessità della perceibilità esterna dell'atteggiamento di tolleranza ha infatti la funzione di distinguerlo dalla semplice inerzia, giacché solo il primo è idoneo ad impedire che il comportamento dell'intruso si trasformi in possesso». Partendo da tale assunto, l'Autore conclude che l'elemento di discriminazione tra tolleranza e inerzia sia da individuare nel tipo di comportamento che il proprietario esterna (v. *supra*). Sulla distinzione tra tolleranza e inerzia v. anche U. BISEGNA, *Tolleranza (Atti di)*, cit., p. 403.

<sup>121</sup> In tal senso, E. CARBONE, *Tolleranza e buona fede nel possesso. Successione, accessione e cose fuori commercio. Artt. 1144-1147*, cit., p. 77, spiega che «giammai attiva, l'inerzia è passività ignara, chiusa in sé stessa, non rivolta ad alcuno; quando inattiva, la tolleranza è passività consapevole, relazionale, percepita dai soggetti del rapporto».



effetti ulteriori rispetto a quello disciplinato all'art. 1144 c.c. (v. *supra* par. 2.1.).

Ora, se l'ignoranza è l'elemento da cui dipende l'acquisto del possesso in capo al terzo, è opportuno definire come questa si coordina con la nozione di spoglio clandestino. Se, infatti, si adottasse una nozione di clandestinità di fatto coincidente con la mancata conoscenza dell'intrusione da parte precedente possessore, qualsiasi impossessamento non tollerato rientrerebbe automaticamente nella nozione di cui all'art. 1168, 1° co., c.c.<sup>122</sup>. Invero, il concetto di ignoranza dell'intrusione deve essere tenuto distinto da quello di conoscibilità (*id est* ignoranza colpevole) che viene applicato in giurisprudenza per determinare se lo spoglio sia clandestino, oppure per stabilire quando l'originaria clandestinità cessi in un momento successivo allo spoglio. La questione ha conseguenze pratiche non trascurabili: il 3° comma dell'art. 1168 c.c. stabilisce che «*se lo spoglio è clandestino, il termine per chiedere la reintegrazione decorre dal giorno della scoperta dello spoglio*». La non reazione, quindi, può assumere rilevanza anche nella fase successiva dell'impossessamento, in quanto con il venir meno della clandestinità e lo spirare del termine annuo di decadenza dell'azione di reintegrazione, si determina un rafforzamento della sicurezza giuridica del potere di fatto del nuovo intruso. È, quindi, opportuno capire se e quando l'ignoranza del possessore coincida o meno con la clandestinità dello spoglio. A tal fine, è interessante rilevare come, soprattutto in tempi più recenti, la giurisprudenza abbia temperato la lettera della norma, facendo coincidere la clandestinità – non con la mera ignoranza ma – con l'*ignoranza incolpevole* dello spogliato, da accertarsi in base a un criterio di diligenza nel controllo e nella vigilanza del proprio bene<sup>123</sup>. Una simile valutazione,

---

<sup>122</sup> Ciò a maggior ragione se si considera la nozione estremamente lata di *violenza* adottata in giurisprudenza, che va a coincidere con una qualsiasi forma di impossessamento, essendo sufficiente un comportamento che produca la privazione totale o parziale del possesso contro la volontà espressa o anche solo presunta del possessore. Cfr. in giurisprudenza Cass. Civ., 6 luglio 1995, n. 9381; Cass. Civ., 29 gennaio 1993, n. 1131, in *Corriere Giur.*, 1993, p. 565; Cass. Civ., 13 febbraio 1987, n. 1577, in *leggiditalia.it*. In dottrina v. L. CABELLA PISU, *Azioni possessorie*, cit., p. 70; A. GIUSTI, A. SCARPA, *Le azioni possessorie e di rinunciazione. Artt. 1168-1172*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 180.

<sup>123</sup> Cass. Civ., 08 gennaio 2003, n. 67, in *Giur. It.*, 2003, 11 (con nota di G. NARDELLI, *Nota sul concetto di clandestinità*): «*la clandestinità dello spoglio non è riconducibile alla mera ignoranza dell'illegittimo possessore, bensì alla impossibilità per l'interessato di averne cognizione facendo uso dell'ordinaria diligenza*»; in senso conforme v. anche Cass. Civ., 29 maggio 2006, n. 12740, in *leggiditalia.it*; Cass. Civ. 13 settembre 1991, n. 9585, in *Mass. Giur. It.*, 1991;

quindi, permette di dedurre la conoscibilità dell'intrusione da circostanze oggettive che attestino il grado di assenteismo espresso dal proprietario spogliato, la cui ingiustificata lontananza non consente di scusare l'ignoranza dell'altrui intrusione.

In conclusione, l'inerzia del proprietario include tutte quelle forme di non reazione derivanti dall'ignoranza dell'intrusione. All'interno di questa casistica saranno ricomprese sia le ipotesi di conoscibilità che quelle di ignoranza incolpevole dell'ingerenza. Quest'ultima circostanza vale a qualificare l'apprensione del bene come spoglio clandestino ma comunque non porta ad escludere l'acquisto del possesso. La prima, al contrario, determina il decorso del termine annuale per l'esperimento dell'azione di reintegrazione. Di conseguenza, l'elemento della conoscibilità produrrà, insieme al passare del tempo, effetti in termini di sicurezza o precarietà della situazione di fatto. Tempo, inerzia e conoscibilità dell'ingerenza sono gli elementi che insieme condizionano la decadenza dei poteri di reintegrazione del proprietario, precedente possessore, a vantaggio della stabilità della situazione dello spogliante. Il primo ovviamente potrà riottenere il possesso della cosa ma solo in forza del suo *jus possidendi*, vale a dire attraverso l'azione di rivendicazione (art. 948 c.c.), senza avvalersi del più rapido rimedio rappresentato dall'azione di reintegrazione.

#### 4.1. Inerzia e illiceità dell'ingerenza

In assenza di una minima forma di acquiescenza, colui che si impossessa del bene è responsabile per i danni causati al proprietario, quanto meno fin tanto che il disinteresse del titolare non si protrae oltre i limiti temporali di prescrizione dell'azione risarcitoria. All'inoperatività dell'elemento scriminante del consenso del proprietario consegue logicamente la responsabilità del possessore *ex art. 2043 c.c.* (cfr. *supra* par. 2.3). Quanto appena detto, però, merita di essere approfondito alla luce del particolare rapporto tra attività possessoria e fatto illecito.

Invero, che l'esercizio di una situazione di fatto non conforme a diritto rappresenti, almeno in astratto, un atto illecito ai sensi del 2043 c.c. è un'affermazione difficilmente contestabile. Tuttavia, le regole di imputazione della responsabilità, in materia possessoria, sono derogate

---

Cass. Civ., 8 aprile 1975, n. 1276; Sul concetto di clandestinità legato alla conoscibilità dello spoglio, v. A. GIUSTI, A. SCARPA, *Le azioni possessorie e di nunciazione*, cit., pp. 182-4

dalla disciplina speciale che regola i rapporti economici tra proprietario e possessore.

È stato osservato in dottrina come le disposizioni di cui agli artt. 1148 e seguenti c.c. determinino una strutturale anomalia dell'illecito possessorio rispetto a quello extra-contrattuale generale<sup>124</sup>.

In primo luogo, infatti, l'imputazione della responsabilità al possessore nei confronti del proprietario è fatta dipendere dalla *buona fede* del primo, e quindi dall'ignoranza di ledere l'altrui diritto. Tale stato soggettivo, a differenza del normale criterio di imputazione *ex art. 2043 c.c.*, è escluso solamente dalla colpa grave del possessore (art. 1147, 2° co., c.c.). Inoltre, l'eventuale sopraggiungere della mala fede non vale, fino alla domanda giudiziale, a mutare la qualificazione dell'ingerenza dal punto di vista dell'imputazione della condotta antiggiuridica (3° comma). Anche sul piano degli obblighi restitutori ci sono notevoli diversità rispetto alla disciplina generale. La buona fede del possesso, infatti, a prescindere dall'illiceità della condotta, non esclude completamente alcuni diritti di restituzione del proprietario. Inoltre, anche il possessore in mala fede ha diritto a essere rimborsato delle spese di gestione e dei miglioramenti, al netto dei danni apportati alla cosa.

Si tratta di una disciplina eccezionale rispetto alle regole generali dell'illecito civile. Gli artt. 1148 e seguenti, infatti, ricomprendono al loro interno non soltanto regole di responsabilità, ma anche regole di equità che mirano da una parte a temperare gli effetti di un'integrale riparazione dei danni e, dall'altra, a riconoscere il valore intrinseco dell'attività di gestione del bene attuata dal possessore *sine titulo*, permessa dall'inerzia prolungata del proprietario del bene. In altri termini, l'ordinamento sceglie di sottrarre alla logica squisitamente risarcitoria la relazione fattuale tra proprietario e possessore, modificando l'equilibrio economico che ne deriverebbe.

Queste discrepanze lasciano aperte alcune questioni relative al maggior danno subito dal proprietario che prescinda dalla mancata percezione dei frutti: ci si chiede, innanzitutto, a) se la regola di imputazione della colpa grave valga anche per il maggior danno subito; e,

---

<sup>124</sup> Sul rapporto tra disciplina del possesso e fatto illecito si vedano le riflessioni di U. NATOLI, *Il possesso*, cit., pp. 220 ss., il quale parla di «*anomalia strutturale del fatto-possesso rispetto alla figura generale del fatto illecito*»; v. anche R. CATERINA, R. SACCO, *Il possesso*, cit., pp. 418–9 e 427–8. V. anche C. RESTIVO, *I frutti nel conflitto tra proprietario e possessore*, in *Giureta. Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, n. X, 2012, pp. 363-90.

ancora, b) se l'inerzia del proprietario in qualche modo incida sulla risarcibilità dei danni ulteriori.

Per affrontare questi quesiti, è opportuno premettere che i pregiudizi causati dal possessore al proprietario del bene non si limitano alla mancata percezione dei frutti di cui all'art. 1148 c.c. ma possono derivare altresì «*dal mancato godimento, dal deterioramento della cosa o dalla perdita del diritto di proprietà derivante dal distruzione o alienazione a terzi*»<sup>125</sup>.

Si pone così il problema – *sub a)* – dell'imputazione del danno che, seguendo le regole speciali, dovrebbe essere escluso in caso di colpa lieve, in deroga all'art. 2043 c.c. e, quindi, dell'esclusione *in toto* della responsabilità per il danno ulteriore del possessore in buona fede. Questa soluzione viene preferita dalla dottrina<sup>126</sup> e, in alcune pronunce, anche dalla giurisprudenza<sup>127</sup>, la quale fa riferimento alla buona fede soggettiva per la risarcibilità del danno ulteriore, invece che al criterio generale dell'articolo 2043. In effetti, se si diversificasse l'imputazione dei danni ulteriori dal criterio soggettivo della disciplina dei frutti, ci sarebbe il rischio che tale discrepanza applicativa finisca per ridimensionare sul piano economico l'effetto redistributivo che il legislatore ha voluto concepire con la disciplina speciale. L'adozione del medesimo criterio di imputazione della mala fede ha come conseguenza l'impossibilità di cumulare al rimedio restitutorio di cui all'art. 1148 c.c. il rimedio risarcitorio generale, in quanto viene a mancare in generale l'anti-giuridicità della condotta. *A contrario*, sarà possibile cumulare la

---

<sup>125</sup> R. CATERINA, R. SACCO, *Il possesso*, cit., p. 419.

<sup>126</sup> Le ragioni, entrambe condivisibili, affrontano il problema rispettivamente sulla qualificazione giuridica del possesso e sugli effetti pratici della soluzione U. NATOLI, *Il possesso*, cit., p. 226: «*il fatto-possesso come illecito fa eccezione alla regola, presentando, in base alla norma speciale dell'art. 1147, una struttura più specifica di quella prospettata dalla previsione generale dell'art. 2043, concretandosi, appunto, la specificazione sull'elemento psicologico minimo (colpa), indispensabile per l'esistenza della fattispecie*»; R. CATERINA, R. SACCO, *Il possesso*, cit., pp. 428–9, per cui la responsabilità per colpa lieve del possessore «*frustrerebbe la tutela del possessore di buona fede, come risulta dagli articoli 1147 e 1148. Per evitare tale risultato, si ritiene che con le norme in commento il legislatore abbia implicitamente escluso l'applicazione dell'art. 2043 al possessore di buona fede*».

<sup>127</sup> V. Cass. Civ., 03 marzo 2010, n. 5091, in *Foro It.*, 2010, 12, 1, 3450 per cui «*chi agisce per rivendicare i beni ereditari, anche per effetto dell'annullamento del testamento in base al quale era stato chiamato all'eredità il possessore, qualora non provi la mala fede di quest'ultimo, non può pretendere il risarcimento dei danni per l'indebita detenzione e utilizzazione dei beni, ma soltanto la restituzione dei frutti indebitamente percepiti, nei limiti fissati dall'art. 1148 c.c.*»

domanda di restituzione dei frutti<sup>128</sup> con il risarcimento del maggior danno nell'ipotesi di possesso in mala fede<sup>129</sup>.

Per quanto riguarda la determinazione del pregiudizio subito dal proprietario per l'altrui possesso e la rilevanza dell'inerzia del proprietario – *sub b*) – ai fini della sua quantificazione, è opportuno ricordare che l'orientamento maggioritario della giurisprudenza<sup>130</sup> tendeva ad ammettere il danno indipendentemente dal fatto che dall'occupazione abusiva di un immobile fosse effettivamente derivata una conseguenza dannosa al godimento del proprietario. Tale conclusione discendeva dall'idea prevalente che la lesione alla proprietà provochi per il titolare un danno *in re ipsa*, che quindi si verifica e si liquida a prescindere dalle conseguenze pregiudizievoli: il danno discenderebbe direttamente *dalla perdita della disponibilità del bene e dall'impossibilità di conseguire l'utilità da questo ricavabile* (cd. danno evento). Di conseguenza, l'inerzia del proprietario non assumerebbe alcuna rilevanza ai fini dell'individuazione del pregiudizio subito a seguito dello spossessamento.

Contrariamente, un indirizzo minoritario – ma coerente con il principio generale per cui il danno risarcibile è quello rappresentato dal pregiudizio economico effettivamente subito dal titolare del bene in

---

<sup>128</sup> Peraltro, la dottrina non è unanime nell'oggetto dell'obbligazione restitutoria in capo al possessore in mala fede. Per una prima impostazione, che applica in via analogica la regola restitutoria successiva alla proposizione della domanda giudiziale, il possessore dovrebbe restituire i frutti percepiti e quelli *percipiendi* (percepibili usando l'ordinaria diligenza); v. C. TENELLA SILLANI, *Possesso e detenzione*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, 1996, pp. 39-40. Al contrario, si è sostenuto che l'art. 1148 c.c. – con riferimento al segmento temporale successivo alla domanda giudiziale – non sarebbe applicabile analogicamente al possesso in mala fede precedentemente alla proposizione dell'azione restitutoria. A. MASI, *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, cit., p. 482.

<sup>129</sup> C. RESTIVO, *I frutti nel conflitto tra proprietario e possessore*, cit., pp. 385 ss.

<sup>130</sup> Cfr. Cass. Civ., 19 maggio 2011, n. 11027, in *Guida al diritto*, 2011, 33-4, 48: «*in caso di occupazione senza titolo di un cespite immobiliare altrui anche se del tutto marginale e limitata a parti dell'immobile non attualmente utilizzate il danno subito dal proprietario è "in re ipsa" discendendo dalla perdita della disponibilità del bene e dall'impossibilità di conseguire l'utilità anche solo potenziale ricavabile dal bene stesso*»; in tal senso v. anche Cass. Civ., 15 ottobre 2015, n. 20823, *Giust. Civ. Mass.*, 2015; Cass. Civ., 28 maggio 2014, n. 11992, in *dejure.it*; Cass. Civ., 10 febbraio 2011, n. 3223, in *Diritto e Giustizia online*, 2011; Cass. Civ., 8 maggio 2005, n. 10498, in *dejure.it*; Cass. Civ., 7 giugno 2001, n. 7692, in *dejure.it*. in dottrina v. A. DI BIASE, *Occupazione abusiva di immobili e tutela giurisdizionale del proprietario: tra azioni reali ed azioni personali*, in *Giustizia civile*, 6, 2012, pp. 311 ss.

conseguenza del fatto illecito<sup>131</sup> – ritiene che il danno da occupazione abusiva debba essere individuato avendo riguardo all'utilizzo che del bene abbia fatto il proprietario prima che avvenga l'ingerenza. Il disinteresse del proprietario per il proprio immobile, consistente nell'omissione sul bene di qualsiasi forma di utilizzazione, diretta o indiretta, diventa così presupposto fattuale necessario per l'accertamento del danno da mancato godimento della proprietà<sup>132</sup>.

La soluzione ha il pregio di essere maggiormente coerente, come si è detto, con i principi generali dell'illecito civile. Ma nel perseguire questo obiettivo, al contempo, valorizza il dato fattuale del *non uso* in relazione alla responsabilità del possessore. Lo sforzo di non ridurre la protezione aquiliana della proprietà ad un automatismo nell'identificazione del danno – che finirebbe per tradursi in uno strumento sanzionatorio più che compensativo – apre la strada ad una riflessione più profonda sul contenuto della situazione dominicale, sulla natura delle facoltà che la caratterizzano e di come queste assumano rilevanza nei conflitti di interessi con soggetti terzi interessati all'uso della cosa.

Il codice descrive il contenuto della proprietà come pieno ed esclusivo esercizio delle facoltà di *godimento* e di *disposizione* (art. 832 c.c.): il primo garantisce al proprietario l'uso diretto e immediato della cosa e il secondo gli consente di trarre vantaggio dal valore commerciale del

---

<sup>131</sup> Il primo impulso all'abbandono della prospettiva del danno evento è stato dato dalla celebre pronuncia della Corte costituzionale in merito alla risarcibilità del danno biologico da morte, Corte Cost., 27 ottobre 1994, n. 372, in *Resp. civ. e prev.*, 1994, p. 976, con nota di E. NAVARRETTA, *Dall'esperienza del danno biologico da morte all'impianto dogmatico sul danno alla persona: il giudizio della Corte costituzionale*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 6, 1994, pp. 996 ss.

Per quanto riguarda la proprietà, già dopo il celebre intervento di Cass. Civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 1, p. 38, la giurisprudenza aveva tentato di mitigare l'automatismo risarcitorio per i danni alla proprietà, o affermando il carattere meramente descrittivo dell'accezione "*in re ipsa*" o precisando che l'effetto opererebbe sul piano presuntivo (v. Cass. Civ., 09 agosto 2016, n. 16670, in *dejure.it*; Cass. Civ., 27 giugno 2016, n. 13224, in *Resp. Civ. Prev.*, 2016, 6, p. 2018). Si è così tentato un adeguamento tra la direttiva generale del danno conseguenza fissata dalle Sezioni Unite, con la tradizionale protezione risarcitoria della proprietà.

<sup>132</sup> In giurisprudenza v. Cass. Civ., 07 agosto 2012, n. 14222, in *Giur. It.*, 2013, 2, p. 303, annotata da A. FERRERO, *Occupazione abusiva dell'immobile e «disinteresse del proprietario»*. Di recente anche Cass. Civ., 25 maggio 2018, n. 13071, *Giust. Civ. Mass.*, 2018; Cass. Civ., 04 dicembre 2018, n. 31233, in *Danno e Resp.*, 2019, 3, p. 385 annotata da G. LONGO, *Il danno derivante dalla mancata disponibilità dell'immobile nella più recente giurisprudenza di legittimità*. Tra le prime pronunce in tal senso, v. Cass. Civ., 11 gennaio 2005, n. 378, in *Foro It.*, 2005, 1, 1750.

bene<sup>133</sup>. Tralasciando in questa sede la sempre maggiore inadeguatezza della definizione a cogliere la complessità del rapporto dominicale<sup>134</sup>, ciò che preme rilevare è la reciproca indipendenza delle suddette prerogative. Disponibilità e godimento sono facoltà che attengono a due aspetti diversi della situazione di appartenenza, valore di scambio, da una parte, valore d'uso, dall'altra.

Questa distinzione concettuale si mantiene anche per quanto riguarda la lesione della proprietà: i vari pregiudizi che l'altrui possesso potrà arrecare al proprietario – mancato godimento, deterioramento, distruzione della cosa, alienazione a terzi – corrispondono alle due facoltà contenute e protette dal diritto. Di conseguenza, i pregiudizi legati al *valore capitale* del bene (deterioramento, distruzione ed estinzione del diritto) che non dipendono dal suo effettivo utilizzo da parte del proprietario saranno risarcibili a prescindere dalla sua inerzia, in quanto incidono sul valore che si può trarre dalla circolazione della situazione giuridica. Al contrario, il danno da mancato godimento della proprietà sarà arrecato al suo titolare soltanto laddove un'attività di utilizzo conforme al suo diritto (vale a dire, un possesso) sia effettivamente riscontrabile nel periodo precedente la lesione.

Tale rilievo fa emergere una differenza strutturale tra la disciplina dei frutti e la tutela aquiliana della proprietà. Mentre, la mancata percezione dei frutti è riparata (quella sì) *in re ipsa*, e quindi a prescindere dal concreto esercizio di un'attività di fruizione, il danno da mancato godimento del bene, in quanto danno-conseguenza, non può che avere ad oggetto l'effettiva utilizzazione del bene e, quindi, il *possesso* esercitato dal proprietario. In altri termini, se il possesso altrui viene riparato in quanto abbia prodotto l'interruzione del godimento della cosa da parte

---

<sup>133</sup> U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, Giuffrè, Milano 1976, pp. 86-110.

<sup>134</sup> Autorevole dottrina ha da tempo rilevato come i due assi cartesiani essenziali – godimento e disponibilità – non siano in sé sufficienti a descrivere i tratti caratterizzanti della proprietà. Cfr. A. GAMBARO, *La proprietà: beni, proprietà, comunione*, Giuffrè, Milano 1990, pp. 96-112; oggi in ID., *La proprietà: beni, proprietà, possesso*, cit., pp. 218 ss.; v. anche U. MATTEI, *La proprietà*, cit., pp. 145-8 e 270 ss.

La tradizione giuridica di *common law* descrive la proprietà come un complesso molto più articolato di *incidents* che nel loro insieme formano il contenuto del diritto dominicale: cfr. la tradizionale classificazione di A. M. HONORÉ, *Ownership*, in A. G. GUEST (a cura di), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 1961, poi ripresa da T. C. GREY, *The disintegration of property*, in *Nomos*, n. 22, 1980, pp. 69-85 che evidenzia, tra altre cose, la possibilità di circolazione disgiunta delle prerogative proprietarie.

del proprietario, allora questa attività pregressa del proprietario sul bene deve effettivamente svolgersi perché ci sia un danno risarcibile.

Infine, meritevole di nota è un'altra importante conseguenza sul piano sistematico: la prolungata inerzia del titolare, che si traduce in un disinteresse all'utilizzo della cosa, ha effetti *prima* dell'incorrere dell'ingerenza da parte del terzo possessore. L'inerzia che rileva in questo caso non riguarda il mancato esercizio del diritto nei confronti dell'usurpatore, ma un protratto non uso della cosa con valenza *lato sensu* dismissiva. Ciò introduce un'ulteriore questione che sarà oggetto di indagine: se l'inerzia del proprietario nell'esercitare il suo godimento possa condurre ad un abbandono della situazione di fatto, a prescindere dalla permanenza in capo al proprietario della situazione di diritto (cfr. *infra* par. 5.).

## 4.2. Inerzia e imprescrittibilità della proprietà

In generale, nei diritti patrimoniali, l'inerzia, assume rilevanza giuridica a prescindere dall'incorrere di un'ingerenza nella sfera giuridica del titolare del diritto. Il mancato esercizio di un diritto disponibile, protratto nel tempo, è il fenomeno che sta alla base dell'istituto della prescrizione<sup>135</sup>. L'effetto estintivo riguarda tanto i diritti di credito che quelli reali. A questi fa eccezione il diritto di proprietà. A differenza di qualsiasi altra situazione giuridica patrimoniale di cui il titolare può liberamente disporre, la proprietà non si estingue a seguito del suo mancato esercizio.

Come si desume dall'art. 948, 3° c.c., infatti, la proprietà può essere rivendicata in qualsiasi momento – in quanto la relativa azione «*non si prescrive*» (v. anche art. 2934, 2° co., c.c.) – purché non intervenga un

---

<sup>135</sup> L'opinione maggioritaria in dottrina ritiene che l'inerzia rilevante ai fini della prescrizione sia un comportamento di mancato esercizio del diritto. In tal senso P. GALLO, *Prescrizione e decadenza*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, Aggiornamento, UTET, Torino, 2013, pp. 248 ss.; M. R. CIMMA, *Prescrizione e decadenza*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, UTET, Torino 1996, pp. 242 ss.; V. anche B. GRASSO, *Prescrizione*, in *Enciclopedia del diritto*, n. 35, 1986, pp. 63 ss. (l'Autore definisce l'inerzia come «*il comportamento omissivo costituisce inerzia allorché assume oggettivamente, nella realtà sociale, significato concludente*»). Contra G. PANZA, *Contributo allo studio della prescrizione*, Jovene, Napoli 1984, pp. 17 ss.; ID., *Prescrizione*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, UTET, Torino 1996, il quale ritiene che l'inerzia rilevi in quanto «*[mancata] affermazione dell'interesse al diritto [che assume], alla stregua del criterio della buona fede, significato concludente nella realtà sociale*».



acquisto da parte di terzi per usucapione. Questa regola viene generalmente ricondotta ad uno degli attributi essenziali dell'istituto dominicale, l'*imprescrittibilità*<sup>136</sup>.

Il concetto ricomprende al suo interno due distinte omissioni da parte del *dominus*, una avente ad oggetto l'esercizio delle azioni a tutela della proprietà (*id est* mancata reazione di diritto) e l'altra riguardante le facoltà di godimento diretto del bene (*id est* non uso). In entrambi i casi, la mancata reazione e il non uso non producono effetti estintivi, a meno che a questi non si aggiunga una vicenda acquisitiva del diritto a favore di terzi.

L'attributo dell'imprescrittibilità ha come corollario logico che il *non uso* della proprietà rientri a pieno titolo tra le legittime prerogative spettanti al proprietario. In questo senso, dunque, non potrebbe neanche parlarsi di mancato esercizio del diritto<sup>137</sup>, l'inattività rappresenta di per sé una facoltà che il proprietario comunque esercita: l'abbandono di fatto del bene non ha mai conseguenze sulla titolarità della relativa situazione (ma v. *infra* par. 4.). La *ratio* della regola risiede nella necessità di evitare incertezze circa l'identità del titolare del diritto: consentire la prescrittibilità della proprietà richiederebbe elevati costi di accertamento circa l'effettivo e prolungato non uso della cosa da parte del *dominus*, alimentando così «una litigiosità inarrestabile»<sup>138</sup>.

---

<sup>136</sup> Che non va confusa, ad opinione della migliore dottrina, con il diverso attributo della *perpetuità* del diritto: quest'ultima significa, da un lato, che «la durata del diritto è del tutto indipendente dalle vicende della vita del proprietario» e, dall'altro, che con l'alienazione della situazione «il titolo che il proprietario trasmette, sia inter vivos che mortis causa, è un titolo intatto il quale comprende il diritto di trasmettere il medesimo titolo ad altri» (A. GAMBARO, *La proprietà: beni, proprietà, possesso*, cit., pp. 229).

<sup>137</sup> Sul rapporto tra imprescrittibilità e non uso, v. U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, cit., pp. 91–2, il quale denuncia l'anacronismo dell'attribuzione al proprietario della libertà di «fare tutto ciò che egli voglia» senza però approdare alla negazione della facoltà di non uso e quindi alla prescrittibilità della proprietà. La critica dell'Autore rimarca la differenza strutturale tra godimento nei diritti reali minori, che esclude la facoltà di non uso, e godimento del proprietario che ricomprende «la non utilizzazione della cosa, con una singolare trasposizione di rilevanza del comportamento negativo del titolare del diritto [...] per dar vita ad una forma attenuata di esercizio del diritto, capace bensì di impedire l'estinzione di questo per prescrizione, ma non l'eventuale usucapione a favore di un altro soggetto» (p. 94).

<sup>138</sup> Cfr. A. GAMBARO, ult. op. cit., pp. 234. Sull'imprescrittibilità della proprietà in giurisprudenza, v. Cass. Civ., 15 maggio 1998, n. 4906, *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1046; Cass. Civ., 28 novembre 1992, n. 12781, *Giust. civ. Mass.*, 1992; Cass. Civ., 14 giugno 1967, 1347, in *Giust. civ. Mass.*, 1967, p. 709.

In passato, il carattere di imprescrittibilità della proprietà ha suscitato le perplessità della dottrina più sensibile alla promozione di una logica produttivista dello sfruttamento delle risorse: concepire il *non uso* come una prerogativa tutelata e protetta dal diritto di proprietà, si porrebbe in contrasto con le disposizioni codicistiche che sanzionano l'assenteismo nell'utilizzo del bene nonché con la nozione costituzionale dell'istituto (art. 42, 2° co., Cost.), il quale «è riconosciuto e tutelato dal nostro ordinamento in quanto sia effettivamente esercitato, ed in quanto l'esercizio stesso sia conforme e funzionale alle esigenze di solidarietà sociale»<sup>139</sup>. Così, colui che omette di esercitare il proprio diritto di proprietà fino ad abbandonare di fatto il proprio bene verrebbe sanzionato dall'ordinamento con l'estinzione per prescrizione.

Per quanto suggestiva e apprezzabile nell'intento di valorizzare una logica sicuramente sottesa all'ordinamento, come quella produttivista e al contempo orientata alla necessaria socialità dell'esercizio della proprietà, la tesi non convince per il risultato sostanzialmente abrogativo – o in via interpretativa o per mezzo di una pretesa incompatibilità con l'art. 42 Cost. – del principio di imprescrittibilità di cui all'art. 948 c.c., con conseguenze in ultima analisi esorbitanti rispetto all'obiettivo di contrastare l'assenteismo proprietario.

Sul piano giuridico, una simile interpretazione, infatti, finisce per attribuire alla funzione sociale della proprietà un ruolo ben diverso da quello prospettato dal costituente. Il fatto che la funzionalizzazione della proprietà all'utilità sociale conformi internamente il suo contenuto riducendo il fascio di poteri attribuiti al titolare, non significa che nel nostro ordinamento sia configurabile un *dovere* di esercizio del diritto stesso: si tratterebbe di una radicale trasformazione della garanzia dell'istituto dominicale<sup>140</sup> che perderebbe il suo nucleo essenziale di *agere licere*<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> B. TROISI, *La prescrizione come procedimento*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1980, pp. 138-43.

<sup>140</sup> Vedi B. GRASSO, *Prescrizione*, cit., pp. 62: «il fatto che il fascio di poteri assegnati al proprietario sia meno consistente di quello concesso in altre epoche storiche, non esclude che si tratti pur sempre di un diritto soggettivo caratterizzato dal potere di agire».

<sup>141</sup> Pure le opinioni più critiche rispetto all'assenteismo proprietario ammettono che la perdita della titolarità in conseguenza del mero non uso rappresenta un risultato che trascende la funzione sociale dell'istituto dominicale. Sul punto cfr. la riflessione di M. R. MARELLA, *La funzione sociale oltre la proprietà*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 4, 2013 (reperibile presso il giornale on-line Euronomade, <http://www.euronomade.info/?p=2114>, ultima consultazione il 2 aprile 2019), già in EAD., *Il principio*

Ora, è innegabile che l'ordinamento manifesti un *favor* per un'utilizzazione efficiente dei beni, che valorizzi le loro diverse potenzialità economiche<sup>142</sup>. Prima ancora che nella Costituzione, un'attenzione all'attivismo proprietario è sicuramente presente nell'anima statalista del Codice civile, il quale prevede diverse disposizioni limitative o addirittura ablativo della proprietà, motivate da una reazione al non uso dei beni e dall'intento dichiarato di promuovere la produzione nazionale. L'esempio più evidente è rappresentato dall'art. 838 c.c. che sanziona il proprietario che «*abbandona la conservazione, la coltivazione o l'esercizio di beni che interessano la produzione nazionale, in modo da nuocere gravemente alle esigenze della produzione stessa*» (1° comma) ovvero «*al decoro delle città o alle ragioni dell'arte, della storia o della sanità pubblica*» (2° comma) attraverso l'espropriazione dei beni verso pagamento di una *giusta* indennità.

Tuttavia, il significato operativo della disposizione non può certo essere quello di escludere il non uso dalle forme di legittimo esercizio della proprietà. Infatti, proprio la necessità di un intervento amministrativo e di un giusto indennizzo da corrispondere comunque al proprietario assenteista (v. anche art. 56 disp. att. c.c.) conferma la rilevanza giuridica che viene riconosciuta – pur in una logica sanzionatoria – anche alla proprietà abbandonata.

Né è possibile ricavare la prescrittibilità del diritto da altre disposizioni in cui l'azione di rivendicazione si estingue per l'inerzia del proprietario (ad esempio, gli artt. 924-5, 935, 936, 937-8 c.c.). Si tratta di ipotesi che, analogamente all'istituto generale dell'usucapione, in tanto precludono l'azione di rivendicazione in quanto riconoscono la prevalente posizione di un terzo acquirente a titolo originario derivante dalla sua utilizzazione della *res*.

In altri termini, affermare che la proprietà è imprescrittibile non significa negare la rilevanza dell'inerzia del proprietario ad altri effetti, né escludere il sicuro favore che l'ordinamento ha nei confronti di chi

---

*costituzionale della funzione sociale della proprietà e le spinte antiproprietarie dell'oggi*, in G. ALPA, V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Laterza, Bari 2013, con un parziale ripensamento della tesi in oggetto.

<sup>142</sup> Cfr. la *Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice civile del 1942*, n. 404 di commento all'art 832 c.c. secondo cui il proprietario «*non può rimanere inerte [...] Nell'ordinamento dell'Italia fascista il lavoro è un dovere sociale e il proprietario deve provvedere all'utilizzazione dei propri beni, per conseguire la massima produttività*» (reperibile presso <https://www.consiglionazionaleforense.it/collana-studi-storici-e-giuridici>, ultima consultazione il 2 aprile 2019).

usa effettivamente il bene<sup>143</sup>, ma semmai che l'estinzione della proprietà non può derivare dall'oggettiva inattività del *dominus* quando ad essa non si accompagni un interesse antagonista al godimento del bene da parte di un soggetto non proprietario. Significa, cioè, affermare che l'inerzia può avere effetti estintivi della proprietà solo in relazione all'altrui interesse all'uso della cosa.

Tale conclusione, a ben guardare, rafforza la posizione di entrambi i soggetti del conflitto, proprietario e possessore illegittimo. Al primo, infatti, viene consentito di trarre profitto anche dal non utilizzo della *res* o, comunque, di non dover per forza sopportare i costi di una gestione attiva e produttiva, senza che ciò comporti *di per sé* la perdita della situazione di diritto. Questa potrà verificarsi soltanto a fronte di un'utilizzazione antagonista del bene da parte di terzi possessori, la quale, in quanto attività *pubblica* e *pacifica* sul bene, sarà comunque conoscibile dal proprietario inerte.

Anche la posizione del possessore, però, risulta protetta. Innanzitutto, per quanto riguarda i beni immobili, se l'estinzione della proprietà non dipendesse dall'altrui possesso ma soltanto dall'inerzia del titolare, il bene verrebbe acquistato dallo Stato (art. 827 c.c.). L'imprescrittibilità della proprietà insieme all'usucapione è, dunque, espressione di una scelta del legislatore ben precisa di demandare la circolazione della ricchezza immobiliare vacante ad un meccanismo di redistribuzione *diretta* dei beni tra privati: il beneficiario dell'assegnazione corrisponde a chi effettivamente utilizza la cosa.

Tale funzione consente di spiegare la deviazione dalle regole generali del fatto-illecito rispetto alle ingerenze che assumono rilevanza possessoria. Infatti, come si è avuto modo di rilevare (cfr. *supra* par. precedente), anche il possesso di mala fede, pur qualificato dall'ordinamento come condotta anti-giuridica, non perde la sua funzione potenzialmente acquisitivo-estintiva della situazione di diritto. Anzi, proprio il fatto che all'uso antagonista del bene sia affidato il meccanismo di estinzione della proprietà per inerzia del proprietario provoca il

---

<sup>143</sup> In tal senso cfr. U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, Giuffrè, Milano, 1980, 118, per cui «appare evidente che la prescrizione non è una sanzione dell'inerzia; e che inversamente l'imprescrittibilità non costituisce una giustificazione *ex lege* del "non uso". Di conseguenza, il principio di imprescrittibilità potrebbe restar fermo anche nelle concrete ipotesi in cui si dovesse reputare che il "non uso" non sia compreso nell'agere discrezionale lecito della singola situazione soggettiva di proprietà».

necessario allontanamento delle situazioni di fatto dall'ambito della generica illiceità.

In tal modo, l'apparente contraddizione tra tutela *del* possesso e tutela *dal* possesso altrui trova una mediazione attraverso l'attenuazione progressiva della valenza antigiuridica della condotta usurpativa in relazione al grado di assenteismo dimostrato dal titolare del diritto. Il confronto comparativo tra disinteresse del *dominus* e attivismo del possessore non proprietario, che opera già durante la situazione possessoria interinale, ha come effetto ultimo quello di estinguere il diritto di proprietà a vantaggio dell'acquisto del soggetto che usa effettivamente la *res*.

#### 4.3. (segue) il significato dell'usucapione (cenni). Aspettativa del possessore

Del conflitto tra proprietà assenteista e possesso, l'istituto dell'*usucapione* è il principale – ma, come si è detto, non unico – strumento di regolamentazione.

L'istituto meriterebbe un approfondimento che esorbita gli obiettivi della presente indagine. Tuttavia, può essere utile richiamare per sommi capi il dibattito in merito all'attualità operativa dell'usucapione e al suo fondamento nel sistema di circolazione della proprietà.

Nelle loro diverse sfumature, le ragioni comunemente addotte dagli studiosi per giustificare la presenza dell'usucapione nell'ordinamento sono legate alla necessità di garantire la certezza dei traffici, una corretta determinazione dei confini di fondi vicini e l'affidamento dei terzi sulla situazione patrimoniale del proprietario<sup>144</sup>. Si tratta di argomenti che guardano con favore agli acquisti a titolo originario in quanto hanno l'effetto di ridurre i costi transattivi nello scambio della proprietà favorendo l'accertabilità del titolo e, quindi, diminuendo le liti per il suo accertamento.

Se, da una parte, tali argomenti assumono maggior peso guardando a quelle disposizioni che prevedono forme di usucapione

---

<sup>144</sup> Per una panoramica degli argomenti a fondamento dell'istituto v. R. CATERINA, *Impium praesidium. Le ragioni a favore e contro l'usucapione*, Giuffrè, Milano 2001, pp. 10 ss.; propenso a sostenere che l'usucapione sia istituto necessario a garantire la sicurezza della circolazione dei titoli di proprietà, A. GAMBARO, *La proprietà: beni, proprietà, possesso*, cit., pp. 555; v. anche C. M. BIANCA, *Diritto civile. La proprietà*, Vol. 6, 2° ed., Giuffrè, Milano, 2017.

abbreviata in forza di elementi esterni al possesso, quali la buona fede del possessore o il titolo astrattamente idoneo, dall'altra, essi risultano insufficienti a spiegare l'efficacia acquisitiva del possesso in mala fede, per il quale si esclude – al pari delle altre ipotesi speciali di usucapione – la corresponsione di un indennizzo in favore di chi ha perso il bene<sup>145</sup>. Inoltre, gli strumenti di registrazione e di pubblicità della circolazione della proprietà immobiliare, adesso, più che in passato, contribuiscono ad assolvere meglio dell'usucapione l'esigenza di certezza della titolarità degli immobili. L'usucapione, quindi, svolgerebbe questa funzione soltanto con riferimento a quegli immobili che non risultino iscritti nei registri immobiliari.

L'insufficienza dell'argomento porta così a valorizzare ragioni diverse, legate ad una logica incentivante la cura, l'uso dei beni e lo sviluppo della loro produttività, in base alla loro destinazione economica, e che mirano a sanzionare la proprietà inattiva foriera di inefficienze sul piano economico<sup>146</sup>.

Alla critica al proprietario ozioso fa da controcanto l'osservazione opposta, per cui l'istituto incentiverebbe attività di illecita usurpazione proprio introducendo nel possessore la speranza di un futuro acquisto della proprietà del bene. Il rilievo, peraltro, non tiene di conto del fatto che l'effetto acquisitivo del possesso, anche in mala fede, presuppone a monte un disinteresse del proprietario tale da consentire la protrazione dell'ingerenza. In simili ipotesi, ad incentivare l'illecito è già il comportamento del proprietario e non l'istituto dell'usucapione, che interviene *a posteriori* quando la violazione si è già verificata da diverso tempo e che, semmai, proprio in forza dell'aspettativa di acquisto del

---

<sup>145</sup> Per tale ragione, autorevole dottrina nordamericana ha da tempo avanzato la possibilità di introdurre un indennizzo in favore del proprietario che perda il bene da un possessore in mala fede, cfr. T. W. MERRILL, *Property Rules Liability Rules and Adverse Possession*, in *Nw. U. L. Rev.*, n. 79, 1984, pp. 1122. Pone l'accento sull'assenza di indennizzo al proprietario, come elemento che conferma la valenza redistributiva dell'istituto, A. QUARTA, *Non proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2016, pp. 204-9.

<sup>146</sup> U. MATTEI, *La proprietà*, cit., pp. 212-3. S. PATTI, *Perdita del diritto a seguito di usucapione e indennità (alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo)*, in *Rivista di diritto civile*, 6, 2009, pp. 663. Per una critica alla logica produttivista sottesa al possesso in una prospettiva di tutela dell'ambiente, cfr. J. G. SPRANKLING, *Environmental Critique of Adverse Possession*, in *Cornell Law Review*, n. 79, 1993, pp. 816 ss.

diritto, incentiva il possessore a custodire il bene, fino al momento in cui il proprietario si attiverà per reclamarne la restituzione<sup>147</sup>.

In ogni caso, la coesistenza di diverse ipotesi di usucapione, diversamente operanti in base al possesso di buona fede e mala fede, consente di non ridurre all'unicità il fondamento dell'istituto, ma anzi di confermarne la complessità funzionale: certezza dei traffici e sanzione contro il proprietario inoperoso non devono per forza rappresentare *rationes* reciprocamente escludenti, ma semmai concorrenti l'una con l'altra<sup>148</sup>. Tuttavia, l'accento posto all'una o all'altra giustificazione può influenzare il ruolo da attribuire all'istituto, sia in sede di sua applicazione concreta che in una prospettiva *de jure condendo*<sup>149</sup>.

Il tema come si è detto meriterebbe un approfondimento che non può essere svolto in tale sede, rappresentando l'oggetto di un'indagine sicuramente connessa ma non coincidente con la tutela del godimento di fatto abitativo. Mentre, infatti, la valorizzazione dell'interesse del possessore nella vicenda interinale attiene all'interesse all'utilizzazione del bene in assenza di un titolo, l'eventuale acquisto della situazione di appartenenza da parte del possessore ha effetti redistributivi definitivi in suo favore in quanto determina il mutamento della

---

<sup>147</sup> R. SACCO, *Usucapione*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, Giuffrè, Milano, 1999 p. 562, secondo cui *«in realtà, la speranza consentita al possessore finisce per giovare al proprietario non interamente dimentico, e perciò destinato a recuperare il bene prima che la perdita del diritto sia consumata, poiché la speranza dell'acquisto tratterrà il possessore dal trattare la cosa con l'incuria e la negligenza con cui si trattano le cose altrui»*.

<sup>148</sup> R. CATERINA, R. SACCO, *Il possesso*, cit., p. 464.

<sup>149</sup> Su come il dibattito nordamericano del ruolo dell'*adverse possession* abbia influenzato l'operatività dell'istituto sia sul piano giurisprudenziale che legislativo v. F. VIGLIONE, *Proprietà e usucapione: antichi problemi e nuovi paradigmi*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 29, 9, 2013, pp. 464 ss., in particolare pp. 469-472.

L'attualità di tale dibattito è confermata dalle note decisioni della Corte EDU proprio in tema di compatibilità alla Convenzione dell'istituto dell'*adverse possession*. Nelle due già citate pronunce del caso *J. A. Pye Ltd. c. Regno Unito* – la prima del 2005, decisa dalla 4ª Sezione della Corte, e la seconda del 2007, decisa dalla Grande Camera – è possibile ritrovare le linee del dibattito brevemente richiamato. Sovvertendo la decisione della 4ª sezione, la Grande Camera ha ritenuto l'*adverse possession* compatibile con il sistema CEDU: non si tratterebbe come aveva affermato la sezione semplice di una privazione della proprietà ma di una regolamentazione dell'uso dei beni (2° co., art. 1, P-1, CEDU), per la quale non è richiesto un indennizzo. Tuttavia, gli argomenti adottati nelle due decisioni e nelle numerose *dissenting opinion* hanno suscitato numerose e contrapposte critiche, non soltanto da parte di chi avrebbe preferito una soluzione di maggiore protezione del diritto di proprietà, ma anche da parte di quella dottrina più sensibile alla finalità redistributiva dell'istituto.

titolarità<sup>150</sup>. Si tratta, quindi, di una ri-allocazione del bene tra due soggetti che deve essere valutata alla luce della sua idoneità a creare diseconomie insostenibili, incentivi a comportamenti deprecabili sul piano della convivenza sociale – o addirittura della loro moralità, secondo le tesi più rigorose – o al contrario, come sostiene parte della dottrina<sup>151</sup>, a perseguire finalità di giustizia sociale, anche attraverso una modulazione dell'operatività dell'istituto che modifichi o integri i suoi presupposti classici di applicazione, per dare rilevanza alla situazione socio-economica del possessore, alla particolare destinazione d'uso del bene<sup>152</sup> o all'abbandono come fenomeno coinvolgente non la proprietà individuale ma l'intera area urbana in cui si colloca il singolo bene<sup>153</sup>.

Ciò che, invece, assume rilevanza centrale nella presente ricerca, è il significato sistematico del legame funzionale tra il possesso, la sua tutela e il futuro acquisto del diritto per usucapione. Parte della dottrina<sup>154</sup>, ponendo l'accento sull'usucapione come effetto principale e momento decisivo di tutta la fattispecie possessoria, ne ha ricavato un elemento caratterizzante la fisionomia dell'intero istituto che ne giustifica al contempo la tutela da parte dell'ordinamento. La speranza *ex lege* del possessore di acquistare il diritto avvicina l'interesse a *continuare ad*

---

<sup>150</sup> Sulla distinzione tra interesse all'uso del bene e interesse all'acquisto della titolarità ad usucapione, v. L. FOX O'MAHONY, N. COBB, *Taxonomies of Squatting: Unlawful Occupation in a New Legal Order*, in *The Modern Law Review*, n. 71, 6, 2008, pp. 878-911.

<sup>151</sup> Sulla capacità dell'usucapione di perseguire la giustizia sociale v. T. DAVIS, *Keeping the Welcome Mat Rolled-Up. Social Justice Theorists' Failure to Embrace Adverse Possession as a Redistributive Tool*, in *Journal of Transnational Law & Policy*, n. 20, 2010, pp. 73.

<sup>152</sup> Si veda, a tal proposito, l'ipotesi di usucapione speciale urbana prevista nella Costituzione Brasiliana, art. 183, per cui «*chi detiene come sua un'area urbana di duecentocinquanta metri quadrati al massimo, per cinque anni, ininterrottamente e senza opposizione, utilizzata per abitazione sua, o della sua famiglia, ne acquisirà il dominio, purché non sia proprietario di altro immobile urbano o rurale*». Ne rileva la funzione fortemente redistributiva F. VIGLIONE, *Proprietà e usucapione: antichi problemi e nuovi paradigmi*, cit. p. 475.

<sup>153</sup> In proposito si veda S. B. RICHARDSON, *Abandonment and adverse possession*, in *Houston Law Review*, n. 52, 2014, pp. 1385 ss., in cui si prospetta un'applicazione alternativa dell'istituto nei casi di immobili vacanti. Invece di richiedere l'effettivo possesso, l'Autore propone di far decorrere il tempo utile all'acquisto dal momento in cui l'interessato notifica al proprietario assenteista un avviso della sua intenzione di possedere. In questo modo, l'operatività dell'usucapione verrebbe incentivata per i soli immobili abbandonati, garantendo comunque al proprietario la possibilità di impedirne l'acquisto attraverso un espresso e motivato diniego o di trovare con il possessore un accordo per lui più vantaggioso.

<sup>154</sup> U. NATOLI, *Il possesso*, cit., pp. 154-9; L. BIGLIAZZI GERI *et al.* (a cura di), *Diritto civile. I diritti reali*, vol. II, cit., pp. 370-1.



*essere possessore* a quella particolare situazione giuridica di *aspettativa* che trova una più compiuta disciplina nel diritto dei contratti (artt. 1356-61 c.c.)<sup>155</sup>. Secondo questa prospettiva, le azioni a tutela del possesso assumerebbero il carattere di una tutela conservativa del bene oggetto di un (incerto) futuro acquisto, condizionato al mancato esperimento da parte del proprietario delle sue legittime pretese restitutorie e alla continuazione del possesso.

La tutela di questa aspettativa opera in modo del tutto peculiare. Sul piano possessorio, l'interesse alla continuazione del possesso è tutelabile *erga omnes*, essendo esperibile tanto verso i terzi che verso il proprietario: la situazione di aspettativa del possessore troverà così una tutela piena contro i comportamenti lesivi del suo interesse, posti in essere da qualsiasi consociato. Nel giudizio petitorio, invece, l'interesse antagonista del possessore non assumerebbe alcuna rilevanza di fronte al prevalente diritto del proprietario. La totale separazione dei due piani, possessorio e petitorio, porta ad una automatica soccombenza dell'interesse contrapposto (aspettativa o diritto di proprietà), che trova riconoscimento e tutela soltanto nell'altro giudizio (rispettivamente, possessorio o petitorio)<sup>156</sup>.

La tesi ha il merito di aver messo in luce la connessione che intercorre tra l'attività possessoria e il suo principale effetto, l'acquisto del diritto, la quale serve ad individuare almeno in parte la *ratio* del suo riconoscimento giuridico. Né le eventuali differenze che possono riscontrarsi tra l'aspettativa contrattuale e quella possessoria sono tali da smentirne la sostanziale affinità. Il fatto che, ad esempio, la condizione contrattuale sia una situazione disponibile<sup>157</sup> mentre il possesso – in quanto potere di fatto – non possa essere oggetto di circolazione, non incide sulla fisionomia dell'interesse. Semmai, proprio l'affinità tra aspettativa e interesse possessorio non giustifica la conclusione per cui quest'ultimo non sarebbe confrontabile, e quindi bilanciabile, con il contrapposto interesse proprietario alla restituzione del bene (e quindi in sede di giudizio petitorio). Invero, proprio l'analogia con l'aspettativa

---

<sup>155</sup> Per una definizione e concettualizzazione dell'aspettativa come situazione giuridica soggettiva di vantaggio inattiva v. R. SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa di diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, n. 3, 1958, pp. 226 ss.; A. C. PELOSI, *Aspettativa di Diritto*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, Torino 1987; E. W. DI MAURO, *Pendenza della condizione. Aspettativa di diritto. Atti di disposizione.*, in *Jus Civile*, 10, 2015, pp. 519–549.

<sup>156</sup> U. NATOLI, *Il possesso*, cit., in particolare p. 157.

<sup>157</sup> U. LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative: contributo allo studio delle situazioni soggettive attive*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 1995.

contrattuale dovrebbe semmai suggerire la possibilità di valutare il comportamento delle parti e i contrapposti interessi, a prescindere dall'effettivo acquisto del diritto oggetto di aspettativa, in forza di quel giudizio secondo buona fede che presiede lo stato di pendenza (art. 1358 c.c.).

Infine, occorre evidenziare le differenze strutturali tra affidamento del tollerato (v. *supra* par. 2.6) e aspettativa del possessore. Infatti, il primo nasce in conseguenza di un comportamento del proprietario che non si priva del controllo della *res*, ma ne mantiene il possesso. Di conseguenza, tale affidamento non avrà ad oggetto il diritto sul bene ma il comportamento stesso del proprietario. Un simile fenomeno non può essere riscontrato di fronte ad un contegno inerte: come si è visto, l'inerzia non viene esternata dal proprietario e quindi non è idonea a *rivolgersi* ad un soggetto determinato generando così l'affidamento. L'inerzia in sé considerata è tale nei confronti di tutti i consociati e nulla comunica in più al tollerato circa la proiezione futura di tale comportamento.

Diversamente, l'aspettativa del possessore è determinata dalla presenza nell'ordinamento dell'istituto dell'usucapione che lega il possesso al possibile acquisto della proprietà. Tale situazione ha una protezione più intensa in quanto la tutela conservativa consente al possessore di tutelare il suo godimento contro gli spogli e le turbative violente poste in essere sia dal proprietario che dai terzi.

Tuttavia, rispetto all'esercizio del legittimo potere del proprietario di rivendicare il bene (art. 948 c.c.), nessun affidamento potrà essere ragionevolmente lamentato. Il comportamento di inerzia del titolare, dunque, rappresenta soltanto una condizione per la continuazione del possesso, mentre l'oggetto dell'aspettativa è il diritto di proprietà sul bene.

## 5. Abbandono della proprietà

L'idea che il possesso del bene possa essere perso a prescindere dall'altrui impossessamento, a seguito di un comportamento di volontaria inattività che non sia conforme alla particolare destinazione d'uso del bene (v. sul punto Cap. II), richiede di distinguere quello che viene comunemente inteso come *abbandono del diritto di proprietà* – qualificabile come atto di rinuncia – dal contegno inattivo che ha effetto esclusivamente sul possesso (*abbandono di fatto*).

Per comprendere la distinzione tra i due fenomeni, basta richiamare la differenza di natura ed efficacia che questi hanno rispetto alla proprietà immobiliare.

L'abbandono del diritto di proprietà viene qualificato dalla dottrina maggioritaria come una ipotesi particolare di atto di rinuncia del diritto, per tale ragione, avente natura negoziale. In quanto diritto disponibile, la proprietà contiene al suo interno anche la facoltà di rinunciare attraverso una unilaterale manifestazione di volontà. Rispetto alla proprietà, l'abbandono si atteggia come facoltà insita nel diritto stesso e poi, nel momento in cui viene esercitata, è qualificabile come atto unilaterale ad efficacia reale<sup>158</sup>.

Con particolare riguardo ai beni immobili, l'atto di rinuncia è soggetto a precisi oneri di forma scritta *ad substantiam* (art. 1350, n. 5, c.c.) e di trascrizione (art. 2643, n. 5, c.c.) comuni a tutti gli atti di trasferimento volontario di diritti reali immobiliari. Sul piano degli effetti, in base al principio consensualistico, l'abbandono di diritto provocherebbe, a prescindere dalla contestuale dismissione del possesso del bene, l'immediata perdita della proprietà e l'automatico acquisto a titolo originario del bene al patrimonio disponibile dello Stato (art. 827 c.c.).

Di recente, a seguito del sempre crescente interesse a liberarsi di quei beni immobili che rappresentano soltanto un peso economico piuttosto che una fonte di reddito o di utilità diretta (cd. proprietà negativa)<sup>159</sup>, si è molto discusso circa l'effettiva libertà del proprietario di rinunciare al suo diritto. Tale dibattito è alimentato anche da contrastanti pronunce giurisprudenziali<sup>160</sup>.

In realtà, più che escludere in astratto la rinunziabilità della proprietà, ci si è interrogati sulla sua compatibilità con alcune norme o principi inderogabili dell'ordinamento, prendendo in considerazione la

---

<sup>158</sup> Per una ricostruzione analitica della struttura dell'abbandono di diritto come facoltà dominicale e come atto negoziale v. C. BONA, *L'abbandono mero degli immobili*, Editoriale Scientifica 2017, pp. 61 ss. Per una voce critica circa la rinunziabilità della proprietà v. A. GAMBARO, *La proprietà: beni, proprietà, possesso*, cit., pp. 564–8.

<sup>159</sup> Sul punto si vedano i recenti studi di A. QUARTA, *Cose derelitte*, in *Rivista di diritto civile*, n. 60, 4, 2014, pp. 776–799; poi ripresi e sviluppati in *Non proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni*, cit., pp. 260–5. Per un'analisi gius-economica dell'abbandono L. J. STRAHILEVITZ, *The right to abandon*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2010, pp. 355–420.

<sup>160</sup> Nega *a priori* l'ammissibilità del negozio di rinuncia alla proprietà, Trib. Genova, 23 marzo 1991, n. 946. In senso favorevole alla configurabilità dell'abbandono di diritto, Trib. Rovereto, 22 maggio 2015, in *Foro it.*, 2015, 9, I, 2833; Trib. Genova, 01 marzo 2018, in *Foro it.*, 2019, 1, I, 308.

duplice rilevanza dell'abbandono come atto negoziale e come facoltà dominicale. Così, da un lato, si è contestato la validità di certi atti di abbandono, il cui unico scopo sarebbe quello di addossare allo Stato – e, dunque, alla collettività – i costi di manutenzione, consolidamento o demolizione del bene e di sottrarsi alla responsabilità per i danni causati dalla rovina dell'immobile: quando la rinuncia interessa terreni con evidenti problemi di dissesto idrogeologico o immobili inutilizzati o in rovina, lo scopo pratico del negozio si porrebbe in palese contrasto con istanze solidaristiche immanenti all'ordinamento (artt. 2 e 41, 2° co., Cost.) al punto da rendere nullo l'atto per illiceità della causa *ex* art. 1343 c.c. e/o per non meritevolezza ai sensi dell'art. 1322 c.c.<sup>161</sup>.

Anche guardando all'esercizio della facoltà di abbandonare la situazione dominicale, parte della dottrina ha sostenuto che a determinate condizioni, da individuare nel caso concreto, il fatto di addossare alla collettività il peso economico di un bene immobile non più vantaggioso per il proprietario è qualificabile come abuso del diritto di proprietà in quanto provoca «*un danno sproporzionato rispetto al vantaggio conseguito dal titolare del diritto*»<sup>162</sup>. Si tratta, come si avrà modo di approfondire in seguito, di un'interpretazione del divieto di atti emulativi (art. 833 c.c.) che non trova riscontro in sede applicativa e che quindi richiederebbe una rilettura dell'istituto in grado di valorizzarne l'operatività alla luce di una visione più relazionale del diritto di proprietà (cfr. Cap. V).

## 5.1. (segue) e abbandono del possesso

Il fatto che l'abbandono-rinuncia della proprietà immobiliare possa conseguire solo ad un formale atto di autonomia negoziale, porta ad interrogarsi su quali siano gli effetti del non uso della cosa protratto per un periodo consistente di tempo. La questione si pone in particolare per i beni immobili, per i quali – in forza dei requisiti di forma richiesti dall'art. 1350, n. 5, c.c. – l'oggettiva cessazione del potere di fatto sulla cosa, non può assumere la qualificazione di comportamento concludente con efficacia dismissiva della situazione di diritto. Per tale

---

<sup>161</sup> Sono questi gli argomenti richiamati dal parere di massima dell'Avvocatura Generale dello Stato, Nota del 14 marzo 2018 n. 137950 - Rinuncia al diritto di proprietà immobiliare (reperibile presso il sito web <http://www.gaetanopetrelli.it/catalog/documenti/00000720/Nota%20Avvocatura%20dello%20Stato%2014.3.2018%20n.%20137950%20-%20Rinuncia%20alla%20proprietà.pdf>, ultimo accesso 10 aprile 2019).

<sup>162</sup> A. QUARTA, *Cose derelitte*, cit., p. 798.

ragione, se riferito ai beni immobili, lo stesso concetto di *derelictio* – mutuato dalla tradizione romanista – mal si presta a mantenere un'autonomia operativa rispetto alla rinuncia: l'abbandono fisico della cosa, accompagnato dalla volontà di *dismettere la proprietà sul bene*<sup>163</sup> non può produrre validi effetti. Come chiarito da autorevole dottrina, infatti, alla dismissione intenzionale del possesso non potrà mai conseguire la perdita del diritto sul bene immobile, se non a seguito di un successivo impossessamento da parte di un terzo per il periodo di tempo necessario ad usucapire il bene. In quest'ultima ipotesi, il proprietario, pur perdendo il possesso, nondimeno mantiene la proprietà, con tutte le conseguenze che da ciò possono derivare sul piano civilistico e non (ad esempio, la responsabilità derivante dai danni cagionati dall'immobile *ex* 2053 c.c.; obblighi di pagamento delle imposte)<sup>164</sup>.

La perdita del possesso del bene non è tuttavia priva di conseguenze per chi si appropria dell'immobile. Innanzitutto, com'è emerso dai paragrafi precedenti, l'inerzia del titolare del diritto a certe condizioni incide sull'antigiuridicità del comportamento, sia derogando alle ordinarie regole di imputazione sia riducendo la consistenza del pregiudizio che il proprietario può effettivamente lamentare contro un occupante illegittimo. Quest'ultimo effetto deriva da una valutazione dell'inattività del titolare del diritto la cui consistenza è tale da essere valutata come dismissiva, a prescindere dalla successiva ingerenza del possessore. Il disinteresse protratto e intenzionale del proprietario circa la cura e l'utilizzazione del proprio bene esclude la risarcibilità del danno da mancato godimento (v. *supra* par. 4.1.).

Ora, il fatto che su un determinato bene non venga esercitato alcun potere di fatto dal proprietario ha effetti anche sull'acquisto dell'altrui possesso per appropriazione diretta del bene: in questo caso,

---

<sup>163</sup> G. DEJANA, *Derelictio I (Dir. Civ.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 1958, pp. 8 ss. Si tratterebbe di un'ipotesi particolare di rinuncia alla proprietà che per i beni mobili avverrebbe contestualmente all'abbandono fisico della *res*. Tale definizione segue l'impostazione romanistica prevalente (riconducibile alla tesi dei Sabiniani), in base alla quale la perdita della proprietà avveniva nel momento stesso dell'abbandono e non a seguito di una successiva occupazione o usucapione da parte del terzo che se ne fosse impossessato. Cfr. A. PETRUCCI, *Manuale di diritto privato*, G. Giappichelli, Torino 2019, p. 205.

<sup>164</sup> Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, Giuffrè, Milano 1984, pp. 142-5, in particolare nota 72.

infatti, l'impossessamento del terzo, in mancanza di un potere di fatto violato, non potrà essere qualificato come spoglio<sup>165</sup>.

Inoltre, l'assenza di un pregresso potere di fatto assume rilevanza anche per la qualificazione dell'acquisto del possesso utile ad usucapire il bene. Ai sensi dell'art. 1163 c.c., infatti, il termine ventennale non decorre nel caso in cui il possesso sia stato acquistato in modo violento o clandestino e finché tali vizi non siano cessati. Tuttavia, come emerge dalla giurisprudenza, i due vizi del possesso non possono che essere valutati in relazione allo *spossessamento*<sup>166</sup> e, quindi, laddove questo manchi per la pregressa dismissione della situazione di fatto, il successivo acquisto sarà sempre pubblico e pacifico a prescindere delle concrete modalità in cui si è verificato, e della sua idoneità ad essere conosciuto dal proprietario assente.

Al contrario, nessuna rilevanza potrà assumere l'abbandono del bene rispetto alla *mala fede* del nuovo possessore. Se si omettesse per un momento il dato normativo, si potrebbe sostenere che un immobile in stato di oggettivo abbandono (su cui nessuno esercita un possesso) possa "apparire" vacante agli occhi di chi se ne appropria, e che l'aprensione materiale venga effettuata nell'ignoranza di ledere l'altrui diritto, con il convincimento che sul bene non insista nessuna situazione di appartenenza di diritto che risulti antagonista rispetto a quella del possessore. Il risultato pratico di questa ipotetica linea ricostruttiva sarebbe quello di applicare la più favorevole disciplina del possesso in buona fede con riferimento alla disciplina dei rapporti tra proprietario e possessore. Sempre in una prospettiva *de jure condendo*, si potrebbe poi concepire ipotesi di usucapione abbreviata che dipendano esclusivamente dalla buona fede del possessore, definita nei suddetti termini.

Tale meccanismo, però, non trova spazio nel codice vigente. Da una parte, infatti, sono le stesse regole sull'usucapione abbreviata – almeno per quanto concerne i beni immobili<sup>167</sup> – che legano in maniera

---

<sup>165</sup> In tal senso, Corte App., Bari, 28 marzo 2017, n. 312, in *dejure.it*; Corte App., Roma, 27 settembre 2006, in *leggiditalia.it*; Cass. Civ., 09 settembre 2003, n. 13138, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 9; Cass. Civ., 26 maggio 2000, n. 7004, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1129, per cui sinteticamente «Non sussiste spoglio tutelabile qualora la cosa oggetto di lite si presenti in stato di abbandono o non esista più in "rerum natura"».

<sup>166</sup> Così, ad esempio, Cass. civ., 08 aprile 1975, n. 1276, in *leggiditalia.it*, per cui il vizio va riferito «al momento effettuale dello *spossessamento*».

<sup>167</sup> Rispetto ai beni mobili, si veda infatti l'art. 1161 c.c. per cui «in mancanza di titolo idoneo, la proprietà dei beni mobili e gli altri diritti reali di godimento sui beni medesimi si acquistano

inscindibile la buona fede del possessore alla presenza di un titolo astrattamente idoneo a trasferire il diritto sul bene (artt. 1159, 1159-*bis*, 2° co., 1160, 2° co., c.c.), escludendo *a priori* che quella stessa buona fede sia configurabile nel possesso acquisito per apprensione diretta del bene.

D'altra parte, la buona fede del possessore è comunque esclusa, a prescindere dalle regole sull'usucapione, in forza dell'art. 827 c.c., il quale, come si è detto, non ammette la *vacanza* della proprietà immobiliare. Chi si appropria di un'immobile, dunque, non potrà mai farlo ignorando di ledere l'altrui diritto, posto che un diritto di proprietà, privata o pubblica, sarà sempre configurabile *ex lege*<sup>168</sup>. Questa regola, oltre a suscitare critiche motivate sia sul piano dell'efficienza che dell'equità<sup>169</sup>, conferma una diversità di trattamento tra proprietà mobiliare e immobiliare, che trova la sua ragion d'essere nell'idea (forse non più così attuale) che la seconda giochi un ruolo primario nella realtà economica odierna rispetto alla prima.

Ad ogni modo il diritto positivo non lascia spazio a soluzioni diverse da quelle prospettate, per cui soltanto in rarissimi casi di scuola lo *squatter* – e quindi chi si appropria di un bene immobile senza alcuna cooperazione del proprietario – potrà far valere uno stato psicologico che manifesti la convinzione di appropriarsi di un bene di cui il proprietario si è totalmente disinteressato.

Se, dunque, gli effetti dell'abbandono del possesso appaiono abbastanza chiari, più arduo è definirne i criteri di accertamento, con particolare riferimento alla proprietà immobiliare. Il carattere della *mobilità*, infatti, se da una parte crea problemi circa la valenza dismissiva della

---

*in virtù del possesso continuato per dieci anni, qualora il possesso sia stato acquistato in buona fede. Se il possessore è di mala fede, l'usucapione si compie con il decorso di venti anni».*

<sup>168</sup> Osserva criticamente U. MATTEI, *La proprietà*, cit., pp. 187–194, in particolare p. 188, che il possessore «non può, pertanto, possedere il bene ignorando di ledere l'altrui diritto, data la presunzione di conoscenza della legge in capo ai consociati e, si perdoni il sarcasmo, data la nota avidità con cui gli squatters leggono codici e gazzette ufficiali (!)»

<sup>169</sup> U. MATTEI, op. loc. ult. cit.: l'Autore non manca di sottolineare come la regola in esame «non costituisce propriamente una soluzione felice della diaframma sulla occupabilità degli immobili né sotto il profilo dell'efficienza né sotto quello dell'equità. Esso disincentiva il recupero e la messa in valore dei beni, da parte degli elementi più marginali della società, i quali non saranno di certo spinti ad investire su di un bene che può esser loro sottratto in qualsiasi momento e di cui potranno divenire proprietari solamente a seguito del lungo termine previsto per l'usucapione».

perdita di controllo del bene<sup>170</sup>, dall'altra, offre sul piano effettuale una maggiore evidenza circa l'allontanamento fisico del soggetto dal bene.

Al contrario, per i beni immobili, il carattere dismissivo della protratta inattività deve necessariamente essere rapportato alla destinazione d'uso degli stessi (fondo agricolo, immobile industriale, abitazione adibita a prima casa, casa vacanze, ecc.) e alle forme di utilizzazione che in concreto possono essere realizzate.

In premessa, è opportuno ricordare quanto detto a suo tempo sul rapporto tra contenuto della proprietà e possesso: la proprietà attribuisce il più generale potere di utilizzazione del bene, compreso il non uso; il possesso è costituito soltanto dalle manifestazioni attive di tale potere. Come la proprietà, a maggior ragione il possesso è plasmato nel suo contenuto dalle caratteristiche socioeconomiche del bene su cui l'attività insiste, le quali contribuiscono a "tipizzare" la forma di questa attività (cfr. Cap. II, par. 3.2.).

Così, ad esempio, non tutti gli immobili per loro natura sono fruttiferi. Solo per quelli dotati di tale caratteristica, il fatto di percepire i frutti costituirà un'attività corrispondente al contenuto di quella proprietà. Dunque, anche rispetto alla cessazione del possesso, la mancata percezione dei frutti naturali di un fondo potenzialmente fruttifero per un periodo consistente di tempo consentirà a certe condizioni di inferire il venir meno dell'esercizio del potere di fatto<sup>171</sup>. Per altri beni, invece, una specifica destinazione economica viene impressa direttamente dal titolare che li inserisce all'interno della sua attività imprenditoriale: per i fabbricati industriali, quindi, l'accertamento circa la cessazione del possesso dovrà necessariamente riferirsi al contenuto dell'attività d'impresa esercitata sul bene.

Per quanto riguarda l'abitazione, l'impossibilità naturale di esperire alcune forme di sfruttamento della *res* – come, ad esempio, la percezione dei frutti naturali – porta a concentrare l'attenzione sul godimento diretto della cosa o su forme di utilizzazione indiretta finalizzate alla percezione di un canone periodico (i cosiddetti frutti civili percepiti dal locatore).

---

<sup>170</sup> Con la necessità già in epoca romana di guardare all'*animus derelinquendi* per distinguere l'abbandono dallo smarrimento del bene mobile. Tale difficoltà ha condotto gli ordinamenti moderni a dettare una disciplina sulle cose ritrovate (art. 927 ss.). Cfr. A. PETRUCCI, *Manuale di diritto privato*, cit., pp. 205.

<sup>171</sup> V. Trib. Salerno, 05 ottobre 2016, n. 4478, in *dejure.it*, in cui lo stato di abbandono del fondo è stato accertato non soltanto dalla presenza di rifiuti ma anche «*[dalla] presenza di frutti sugli alberi [e dalla] mancata apposizione ... delle reti per la raccolta delle olive*».



Mentre per il godimento indiretto, l'accertamento è tutto sommato abbastanza agevole, essendo legato di solito alla presenza di un contratto ad effetti obbligatori e alla continuazione della esecuzione, più arduo è determinare quando l'attività diretta di *abitare* possa dirsi cessata definitivamente. A tal proposito, la giurisprudenza si è affidata in alcune pronunce ad indici tendenzialmente oggettivi, come l'effettivo funzionamento dei servizi elettrici, idraulici e di gas, funzionali alla piena fruizione dell'abitazione<sup>172</sup> o il trasferimento stabile in altro alloggio non accompagnata da una manifestazione dell'intenzione di mantenere alcuna forma di controllo sull'immobile<sup>173</sup>.

Per apprezzare a pieno la consistenza effettiva che l'inattività deve assumere per portare alla perdita della situazione di fatto del proprietario, giova confrontare le pronunce in materia di legittimità del provvedimento di revoca dell'assegnazione di un alloggio popolare nei confronti di chi «*abbia abbandonato l'alloggio per un periodo superiore a tre mesi, salva preventiva autorizzazione dell'Istituto autonomo per le case popolari giustificata da gravi motivi*» (art. 17, comma lett. b, D.P.R. n. 1035 del 1972). In proposito, la giurisprudenza ha chiarito che la suddetta ipotesi di abbandono segue una logica peculiare rispetto alla proprietà immobiliare, essendo finalizzata a garantire un «*pubblico interesse all'effettiva destinazione di un certo patrimonio immobiliare alle esigenze dei bisognosi*». Per la sua applicazione, dunque, non è necessario che «*rilevino le motivazioni soggettive della dismissione, né la volontà di ritornare nell'abitazione assegnata una volta cessati i motivi stessi*»<sup>174</sup>. Sul piano oggettivo, inoltre, si afferma che non è necessario un «*abbandono formale e definitivo, rilevando, a tal fine, anche comportamenti comunque indicativi di un disinteresse o di un non prevalente interesse del soggetto ad un'abitazione continua*».

Da questa prescrizione, si dovrebbe dedurre *a contrario* che l'abbandono del possesso di un'abitazione di proprietà debba assumere una consistenza maggiore rispetto a quella prevista per la revoca dell'alloggio popolare. In quest'ultimo caso, il nesso di strumentalità tra provvedimento di assegnazione e soddisfacimento del bisogno abitativo è

---

<sup>172</sup> Trib. Nola, 02 febbraio 2011, in *dejure.it*, per cui la cessazione del potere di fatto sull'immobile è derivato dallo «*stato di degrado e di abbandono in cui lo stesso versava, [...] distacco delle utenze del Gas e dell'Energia Elettrica*».

<sup>173</sup> Cass. Civ., 15 febbraio 1999, n.1274.

<sup>174</sup> Cons. di Stato, 14 aprile 2004, n.2107, in *Riv. giur. edilizia*, 2004, I, p. 1476; Cass. Civ., 27 aprile 2001, n. 6123, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 886; Cass. Civ., 27 giugno 2011, n. 14124, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 6, 960.

estremamente stringente<sup>175</sup>, stante l'esigenza di contemperare l'interesse dell'abitante con quello generale di equa distribuzione di una risorsa scarsa quale l'alloggio popolare. Così, da una parte, sarà necessario che il disinteresse verso il bene sia incontrovertibile e definitivo e, dall'altra, che non ci siano motivazioni soggettive che lo giustifichino. I due elementi hanno una reciproca influenza sul piano probatorio: più aumenta il disinteresse dell'interessato rispetto all'uso del suo bene, più la motivazione soggettiva di tale comportamento che escluda l'intento dismissivo (*animus derelinquendi*) dovrà essere importante.

Se, poi, tale assenza del proprietario nella cura e custodia del proprio immobile assumerà una tale evidenza da ripercuotersi sul degrado fisico del bene al punto da mettere a rischio l'idoneità dello stesso a continuare a svolgere la sua destinazione economica, nessuna motivazione soggettiva del proprietario potrà ragionevolmente escludere la perdita di quella virtuale disponibilità che sta alla base della definizione di possesso. Quando il non uso dell'abitazione non soltanto esclude qualsiasi forma di fruizione diretta o indiretta ma provoca anche un deterioramento consistente del bene, nessuna volontà di mantenimento del controllo potrà essere idonea a conservare l'esercizio di un'attività possessoria.

## 6. Conclusione e brevi rilievi critici

Il capitolo ha messo in luce la rilevanza del comportamento inattivo del proprietario rispetto all'acquisto e alla perdita dell'altrui possesso. Il conflitto tra possessore – utilizzatore effettivo del bene – e proprietario – titolare formale della situazione di appartenenza – che omette di utilizzare il bene e di reagire all'altrui ingerenza, viene regolato dall'ordinamento a diversi livelli.

Sul piano possessorio, il contegno tollerante o inerte del proprietario a fronte di un impossessamento del proprio bene incide sulla qualifica dell'altrui potere di fatto, escludendo nel primo caso l'acquisto del possesso e relegando quindi l'utilizzo tollerato ad una situazione di fatto precaria, sprovvista di tutela possessoria. L'inerzia è, invece, il comportamento che convive con l'altrui possesso: l'assenza di una seppur

---

<sup>175</sup> E. BARGELLI, *Abitazione (diritto alla)*, Giuffrè, Milano 2013, p. 16, secondo cui l'indirizzo giurisprudenziale sopra richiamato conferma la peculiare funzione che il diritto all'abitazione svolge nella conformazione della situazione giuridica del titolare rappresentando al contempo sia il fondamento che il «*limite alle sue facoltà*».

minima manifestazione di volontaria sopportazione dell'ingerenza porta l'usurpatore ad acquistare il possesso e la relativa tutela. Con il passare del tempo, il protrarsi dell'inerzia giova ulteriormente al possessore che consolida progressivamente la sua posizione grazie alle decadenze in cui incorre il proprietario rispetto alle sue pretese restitutorie e risarcitorie. Infine, l'inerzia ventennale, accompagnata alla continuazione del possesso, provoca la definitiva estinzione del diritto a vantaggio del possessore che acquista il diritto di proprietà sul bene. Questa scansione conferma una coerente progressione di effetti in base alla quale l'inattività del *dominus* affievolisce la consistenza delle sue prerogative giuridiche. In modo speculare, l'attivismo del possessore non proprietario con il passare del tempo porta ad un consolidarsi della sua posizione giuridica, prima rispetto ai terzi e poi anche verso il proprietario-precedente possessore.

Quei medesimi comportamenti sopra richiamati, però, non assumono rilevanza soltanto per quel che concerne la disciplina possessoria. Questa, infatti, non riassume completamente il conflitto tra il proprietario e il terzo usuario del bene. Dal punto di vista della situazione dominicale, i diversi comportamenti di assenza del proprietario sono comunque forme di esercizio del suo diritto ed in quanto tali sono protette dall'ordinamento. Questi potrà in ogni momento – fino alla perdita del suo diritto per effetto dell'usucapione – rivendicare il suo diritto alla restituzione della cosa.

Sul piano petitorio, quindi, le varie forme di non uso del bene (tolleranza e inerzia) rappresentano comunque specifiche modalità di esercizio del diritto del proprietario che si scontrano con i contrapposti interessi dei soggetti non-proprietari (tollerato, possessore) che sorgono dalla relazione con il primo.

In primo luogo, questi comportamenti modificheranno la valutazione di anti-giuridicità dell'ingerenza del terzo escludendone l'ingiustizia (come nel caso della tolleranza) o modificando i criteri di imputazione e/o la consistenza del pregiudizio subito (come per l'inerzia).

Inoltre, tolleranza e inerzia contribuiscono a delineare il tipo di controllo che il terzo instaura con il bene e, quindi, la relazione intercorrente con il proprietario: la tolleranza, presupponendo un comportamento espressivo di una volontà di sopportare l'ingerenza potrà generare, a certe condizioni, un affidamento meritevole di tutela; diversamente, il possessore non potrà legittimamente vantare alcun affidamento rispetto alla continuazione dell'inerzia del proprietario ma,

rispetto al bene, avrà l'aspettativa che il suo possesso ininterrotto possa portare all'acquisto della proprietà.

Si tratta di situazioni che differiscono nel contenuto e, quindi, per le quali l'ordinamento prevede una tutela di diverso tipo.

Finora la presente ricerca si è limitata a precisare i contorni di questi interessi collocandoli all'interno di una visione relazionale dei rapporti tra proprietari e possessori o utenti del bene, senza però definire né il tipo di rimedio a cui possono aspirare né il fondamento normativo di tale protezione.

La ragione di questa esitazione deriva dalla necessità di precisare ulteriormente il peso assiologico degli interessi non-proprietari all'uso dei beni, soprattutto, quando la situazione di fatto ha ad oggetto beni che soddisfano bisogni primari della persona. L'esempio più emblematico – che si è scelto di trattare nel presente lavoro – è rappresentato sicuramente dall'abitazione a cui l'ordinamento, nazionale e sovranazionale, attribuisce rilevanza costituzionale primaria e che quindi gode (o dovrebbe godere) di una considerazione privilegiata non soltanto rispetto all'attuazione di politiche sociali da parte dell'autorità statale ma anche nei rapporti tra privati.

Nonostante la priorità assiologica del diritto all'abitazione nell'ordinamento costituzionale europeo, le regole che governano tanto la proprietà quanto le situazioni di fatto non danno sufficiente rilevanza agli interessi della persona di natura non patrimoniale. Tale lacuna vale anche per l'interesse all'abitare ed è riscontrabile nelle regole concernenti i conflitti tra possesso e proprietà che si è analizzato in precedenza.

Infatti, se si leggono le disposizioni che mirano a correggere gli eventuali squilibri che si sono venuti a creare tra proprietario e possessore nella fase interinale che precede l'azione di restituzione promossa dal primo, appare evidente che il legislatore si sia preoccupato di regolare, anche attraverso regole di equità, soltanto gli squilibri economici (frutti, miglioramenti, addizioni) senza ammettere che la perdita di un bene possa provocare alle parti dei pregiudizi di natura non patrimoniale. Non si è curato, in altri termini, di attribuire rilevanza a quegli squilibri che deriverebbero da una considerazione dell'importanza del bene per la *persona* del possessore e, quindi, per il soddisfacimento di suoi bisogni essenziali.

La carenza di considerazione dell'aspetto personalistico del conflitto di interessi è altrettanto evidente nel rapporto tra tollerato e

tollerante: un conto è apprezzare le ripercussioni economiche subite da colui che ha confidato sulla continuazione della *permissio* da parte del proprietario, un altro è chiedersi se il comportamento incoerente del proprietario è condannabile in termini di scorrettezza alla luce della rilevanza che un determinato bene ha nel soddisfare esigenze legate alla persona del tollerato e della sua famiglia. Il problema emerge chiaramente nelle situazioni di fatto che hanno ad oggetto l'alloggio: rispetto al bene-abitazione, infatti, la cessazione della tolleranza priverebbe l'interessato di un'utilità difficilmente apprezzabile sul piano squisitamente patrimoniale ma che su quello assiologico dovrebbe prevalere sull'interesse ad escludere fatto valere improvvisamente dal proprietario.

D'altra parte, il tentativo di dare protezione all'affidamento guardando alla sua rilevanza squisitamente patrimoniale è stato percorso a livello sovranazionale anche dalla Corte EDU, la quale ha qualificato l'interesse del tollerato come un bene protetto dall'art. 1, Protocollo Addizionale n. 1, della Convenzione.

Il percorso argomentativo della Corte EDU ha sicuramente fatto emergere il profilo dell'affidamento per altrui tolleranza anche rispetto al possesso di proprietà pubblica. Tuttavia, il fatto che la disposizione abbia ad oggetto la protezione della proprietà impone all'interprete di valutare la lesione di tale affidamento soltanto avendo riguardo al valore meramente patrimoniale dei beni che ne formano oggetto. La Corte, infatti, quando deve valutare l'applicabilità della disposizione guarda al valore economico che il privato ha perso (o potrebbe perdere) a seguito dell'ingerenza statale. Resta estraneo alla valutazione del giudice europeo (almeno ai sensi dell'art. 1, P-1, CEDU) l'eventuale presenza di interessi privati di natura non patrimoniale all'utilizzo di fatto del bene che possano incidere sul bilanciamento che la Corte è chiamata a fare. Questi interessi, invero, entrano in gioco in base ad altri parametri normativi della Convenzione, in cui la situazione di fatto viene in gioco non per il suo valore patrimoniale ma per il fatto di soddisfare, a prescindere dalla legittima appartenenza del bene, un diritto della persona e, in particolare, quello all'abitazione.

Per tale ragione occorrerà, nel prosieguo del lavoro, considerare quelle decisioni della Corte di Strasburgo che hanno collocato l'affidamento del tollerato all'interno del giudizio di proporzionalità dell'art. 8 CEDU, che protegge l'interesse dell'abitante sull'immobile non per il valore patrimoniale che gli attribuisce, bensì in quanto ha ad oggetto un'abitazione, e quindi un bene in cui il ricorrente svolge un'attività,

l'abitare, che soddisfa un bisogno primario della persona<sup>176</sup>. Come avremo modo di approfondire, in questo caso la tolleranza non serve ad estendere l'ambito di applicazione della disposizione – che dipende dalla sussistenza di una *home* a prescindere da titolo di appartenenza – ma viene valutata come una delle circostanze del caso concreto che servono a valutare la proporzionalità dell'ingerenza. Così, a differenza di quanto avviene rispetto alla tutela dell'aspettativa-interesse patrimoniale, nei giudizi che si basano sull'art. 8, all'interesse del soggetto tollerato non viene attribuita una “veste” proprietaria, con ricadute significative rispetto ai termini del bilanciamento nonché alla tutela richiesta allo Stato (cfr. Cap. IV e V).

Nel prosieguo della ricerca si cercherà dunque di far emergere la rilevanza dell'interesse abitativo nelle situazioni di fatto attraverso una preliminare ricognizione delle fonti costituzionali e internazionali che ne sanciscono la tutela nonché del diverso modo in cui queste trovano applicazione nei rapporti privati concernenti l'appartenenza e il godimento dell'alloggio. In questo modo risulterà più agevole approdare ad una completa definizione del modo in cui l'interesse del proprietario inattivo, l'uso del bene da parte di un non-proprietario che miri a soddisfare un bisogno abitativo possano trovare una equilibrata regolamentazione dei casi di più intenso conflitto, attraverso vie interne di diritto positivo che diano compiuta attuazione al riconoscimento costituzionale del diritto all'abitazione.

---

<sup>176</sup> Per un confronto del modo in cui l'affidamento per tolleranza è oggetto di un diverso bilanciamento a seconda della disposizione applicata (art. 1, P-1 o art. 8 CEDU) cfr. E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittmirkung ripensando la complessità*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 139-141.

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI  
SITUAZIONI DI FATTO E TUTELA DEL DIRITTO ALL'ABITAZIONE  
Alessandro Dinisi

**PARTE SECONDA**  
**SITUAZIONI DI FATTO E DIRITTO**  
**ALL'ABITAZIONE**



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI  
SITUAZIONI DI FATTO E TUTELA DEL DIRITTO ALL'ABITAZIONE  
Alessandro Dinisi

---

## CAPITOLO IV – Diritto all’abitazione e rapporti interpretati

---

### Sommario

**1.** Premessa. **2.** Il diritto all’abitazione nella Costituzione italiana e nella giurisprudenza costituzionale. **2.1.** Applicazioni orizzontali. Danno non patrimoniale da lesione dell’abitare. **2.2.** (segue) danno non patrimoniale e legittimazione attiva del possessore. **3.** La tutela dell’abitazione nel diritto dell’Unione europea. **4.** Il diritto all’abitazione nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo. Il concetto di *home* ai sensi dell’art. 8 CEDU. **4.1.** Il giudizio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo: a) garanzie procedurali. **4.2.** (segue) b) garanzie sostanziali. **4.3.** (segue) il contenuto sociale nel test di proporzionalità. **5.** Proiezione orizzontale dell’art. 8 CEDU e obblighi positivi. **5.1.** Obblighi positivi nella casistica dell’art. 8 CEDU; **5.2.** Prospettive di applicazione degli obblighi positivi ai conflitti tra privati. **6.** Applicabilità della CEDU nel diritto privato nazionale.

---

### 1. Premessa

L’indagine che si svolgerà nel presente capitolo consentirà di ricostruire il contenuto del diritto all’abitazione alla luce dell’integrazione della nostra Carta costituzionale con le fonti sovranazionali al fine di avere una idea complessiva del modo in cui la protezione multilivello dell’interesse abitativo proietti i suoi effetti nel diritto privato e, in particolare, nei rapporti di fatto.

In questa prospettiva è utile richiamare la distinzione, già messa in luce a suo tempo (Cap. I, par. 2.), tra accezione forte e debole della nozione di diritto all’abitazione: da una parte, il diritto all’abitazione in senso stretto, quale diritto sociale del singolo a ricevere un alloggio da parte dello Stato e, dall’altra il diritto all’abitare, che invece evoca la necessità di riconoscere una protezione privilegiata a chi esercita a vario titolo il godimento di un alloggio e che, di fronte al rischio di una eccessiva compressione di quest’attività, rivendica una tutela che consenta di non sacrificarne in modo sproporzionato la conservazione e la pienezza. Come si avrà modo di evidenziare l’esercizio in via di fatto del godimento di un’abitazione chiama in causa entrambe le accezioni

in quanto l'attualità del godimento è sufficiente a rendere l'interesse alla conservazione del godimento meritevole di tutela agli occhi dell'ordinamento mentre la carenza di un titolo giuridico di legittimazione dell'appartenenza e l'esigenza di tutelare i contrapposti interessi patrimoniali pone il problema – innanzitutto allo Stato – di reperire una soluzione alternativa che consenta di eseguire le prerogative di esclusione dominicali senza privare l'abitante dell'alloggio, attraverso l'erogazione di soluzioni alternative. È quindi necessario mantenere questa duplice prospettiva durante tutta l'indagine che seguirà al fine di definire il perimetro entro il quale le due istanze, conservativa e pretensiva, possano essere invocate dal privato in diversi contesti fattuali, in cui varia il grado di conflittualità e di relazionalità tra le parti in conflitto (Cap. V).

Per far ciò, sarà necessario innanzitutto far emergere le specificità dei vari livelli ordinamentali nel riconoscere e proteggere il diritto all'abitazione e, in seguito, porsi il problema dell'efficacia nell'ordinamento interno delle Carte europee e, soprattutto, delle pronunce delle Corti che ne danno attuazione.

## **2. Il diritto all'abitazione nella Costituzione italiana e nella giurisprudenza costituzionale**

Diversamente da altri ordinamenti giuridici<sup>1</sup>, la Costituzione italiana non dà testuale ed esplicito riconoscimento al diritto all'abitazione. Sebbene alcune disposizioni evocano la necessità di dare protezione a singole pretese individuali legate al godimento della casa, nessuna di queste da sola riesce ad abbracciare sul piano contenutistico la

---

<sup>1</sup> Questa carenza trova spiegazione in ragioni storiche circa il modo di concepire il contenuto della Carta fondamentale. Lo dimostra la comparazione con altre Carte nazionali coeve o antecedenti che non menzionano il diritto alla casa (ad esempio quella tedesca) e con quelle successive, le quali invece sono più inclini ad un'elencazione puntuale dei diritti di seconda generazione (v. Cost. spagnola, portoghese o olandese). Per una tassonomia dei diversi modi in cui il diritto all'abitazione viene recepito dalle moderne costituzioni, M. OREN, R. ALTERMAN, Y. ZILBERSHATS, *Housing rights in constitutional legislation: a conceptual classification*, in P. KENNA (a cura di), *Contemporary Housing Issues in a Globalized World*, Routledge, 2016, pp. 141–158. Esistono tre diverse modalità di riconoscimento costituzionale dell'interesse abitativo: il riconoscimento diretto del diritto all'abitazione in un'apposita disposizione, l'incorporazione esplicita dell'interesse abitativo all'interno di disposizioni che proteggono altri diritti costituzionalmente garantiti e, infine, la protezione implicita frutto dell'interpretazione della Carta da parte della giurisprudenza.

complessità delle istanze e degli interessi necessari all'effettivo soddisfacimento del bisogno abitativo. Ciò ha richiesto l'ulteriore sforzo interpretativo di definire il rapporto tra il diritto alla casa e gli altri diritti esplicitamente protetti senza mai risolvere in uno di questi il fondamento diretto del suo riconoscimento costituzionale.

L'unica menzione esplicita che la Costituzione fa dell'abitazione è contenuta all'art. 47 Cost., 2° comma, che impone allo Stato di favorire «*l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese*». Tale disposizione non può fungere da referente normativo su cui fondare la tutela costituzionale del diritto all'abitazione, in quanto la sua formulazione costringe l'interprete a mantenere un approccio interpretativo doppiamente riduttivo: innanzitutto, la disposizione individua i soggetti beneficiari della garanzia nei piccoli risparmiatori, e quindi coloro che già si trovano in una situazione economica di inclusione rispetto al mercato immobiliare; in secondo luogo, essa limita il mezzo di soddisfacimento del bisogno ad un'unica forma di appartenenza, quella proprietaria, che di certo non esaurisce gli strumenti privatistici di accesso all'alloggio<sup>2</sup>. Le uniche ricadute effettuali della disposizione sull'azione legislativa sarebbero quelle di escludere la configurabilità di un monopolio pubblico legale sulla proprietà dell'abitazione e di introdurre un *favor* generale verso la proprietà della casa rispetto alle altre proprietà, che rappresenti al contempo un fondamento e un limite della sua considerazione privilegiata: la proprietà della casa merita una protezione rafforzata solo nei limiti in cui essa è destinata a soddisfare direttamente il bisogno abitativo di chi ne è proprietario (cd. prima casa).

Se, però, si pretendesse di dedurre dall'art. 47 Cost. il fondamento diretto del diritto alla casa<sup>3</sup>, ciò finirebbe per svilirne il contenuto e nondimeno per alimentare una confusione tra la situazione di appartenenza che legittima il singolo a godere del proprio alloggio – diritto *sull'abitazione* – e il diritto di accesso da garantire a chi non ha sufficienti

---

<sup>2</sup> A. SORACE, *A proposito di proprietà dell'abitazione, diritto d'abitazione e proprietà (civiltistica) della casa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, pp. 1175 ss. e 1178 ss.

<sup>3</sup> Cfr. M. CIOCIA, *Il diritto all'abitazione tra interessi privati e valori costituzionali*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2009, pp. 43 ss., per cui la disposizione rappresenterebbe una specificazione dell'accesso alla proprietà declamato all'art. 42, 2° co., Cost.; l'Autrice attribuisce alla disposizione il ruolo primario di erigere l'abitazione «*a diritto soggettivo pubblico, rappresentando un elemento sostanziale alla formazione e sviluppo della persona umana*».

mezzi economici per perseguirlo autonomamente attraverso il mercato privato – diritto *all'abitazione*<sup>4</sup>. Anzi, la necessità di tenere distinti questi concetti nasce proprio dalla constatazione dei possibili conflitti che possono intercorrere tra appartenenza e accesso nonché della conclamata insufficienza di una strategia d'azione che pretenda di soddisfare il bisogno abitativo attraverso l'illusoria prospettiva di garantire a tutti la proprietà della casa<sup>5</sup>. Piuttosto di risolvere il diritto all'abitazione nella tutela della proprietà immobiliare si avverte l'esigenza di affermare la priorità assiologica della prima sulla seconda<sup>6</sup>.

Il ridimensionamento dell'art. 47 Cost. a mera direttiva di promozione degli interventi legislativi volti a favorire l'acquisto della proprietà del bene-casa consente allora di ricercare il fondamento costituzionale del diritto all'abitazione in una più vasta costellazione di valori rispetto ai quali il bene si pone come indispensabile strumento di effettiva realizzazione. Si è progressivamente preso atto dell'importanza costituzionale dell'abitazione per la piena realizzazione dei diritti dell'uomo, sia del singolo che nelle formazioni sociali, che già trovano riconoscimento nel nostro patrimonio costituzionale. Il problema abitativo rappresenta, infatti, il primo e principale ostacolo alla realizzazione della persona: senza un adeguato contrasto alla povertà – di cui l'assenza di alloggio rappresenta la principale manifestazione – la declamazione dei diritti inviolabili resterebbe priva di un'effettiva realizzazione.

Una vasta serie di principi costituzionali danno conferma del valore dell'abitazione come presupposto irretrattabile della piena affermazione del principio personalistico. *In primis*, la tutela della libertà

---

<sup>4</sup> Tra i primi a mettere in luce questa contrapposizione T. MARTINES, *Il "diritto alla casa"*, in N. LIPARI (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona umana*, Laterza, Roma-Bari 1974, pp. 391–405; cfr. anche U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, cit., pp. 24-7. Più di recente, E. BARGELLI, *Abitazione (diritto alla)*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 3.

<sup>5</sup> È ben noto lo slogan «*non tutti proletari, ma tutti proprietari*» contenuto nel programma elettorale della Democrazia Cristiana, illustrato nella relazione di Guido Gonella al I Congresso nazionale del 24-28 aprile 1946. Cfr. la critica di A. DE VITA, *Diritto alla casa in diritto comparato*, UTET 1990, p. 37 ss, secondo cui «*collegare esclusivamente allo status di proprietario la soddisfazione di una pretesa, da cui dipende il raggiungimento di condizioni di "pari dignità sociale" e di "pieno sviluppo della persona umana" – secondo la formula dell'art. 3 della Costituzione italiana – contrasta ... con l'impostazione personalista della nostra Carta fondamentale*».

<sup>6</sup> È ancora T. MARTINES, *Il "diritto alla casa"*, cit., p. 395 ad affermare che secondo il disegno costituzionale «*sul diritto (di proprietà) sulla abitazione prevale [...] il diritto alla abitazione, tutte le volte che non ne sia possibile la conciliazione*».

domiciliare (art. 14 Cost.)<sup>7</sup>, nella sua duplice accezione di divieto di illegittima intrusione nel domicilio da parte degli organi dello Stato e di direttiva generale per garantire le condizioni idonee ad assicurare all'individuo uno spazio per la propria riservatezza, sarebbe priva di effettività se non venisse esercitata in uno spazio fisico adeguato. Inoltre, la promozione della famiglia dentro e fuori dal matrimonio (artt. 29-31 Cost.) presuppone per la sua piena realizzazione l'esistenza di un luogo ove i suoi membri possano attuare a pieno il loro programma di vita comune e adempiere ai doveri di cura e educazione nei confronti dei figli. Ancora, un'abitazione adeguata rappresenta la condizione indispensabile per vivere in un *habitat* salubre e, quindi, per attuare una piena tutela della salute come «fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività» (art. 32 Cost.); Infine, l'esistenza libera e dignitosa garantita al lavoratore e alla sua famiglia (artt. 36-7 Cost.) nonché i doveri di mantenimento e di assistenza per i soggetti inabili al lavoro (art. 38 Cost.) evocano la necessità di fornire ai destinatari un alloggio adeguato<sup>8</sup>.

Questi riferimenti, considerati singolarmente, non consentirebbero di intercettare la complessità degli interessi ricompresi nella nozione di diritto all'abitazione né di riconoscerne il carattere universale. La difficoltà di coordinamento sistematico di questo complesso di valori finirebbe per costruire un diritto limitato nell'operatività, o dal punto di vista soggettivo (lavoratori, famiglia) oppure sul piano contenutistico (tutela dell'ambiente salubre, riservatezza, domicilio, accesso).

Per tale ragione, la necessità di un parametro normativo che sintetizzi questa pluralità di valori della persona direttamente evocati dal testo costituzionale ha portato all'affermazione di una nozione a sé stante di diritto all'abitazione, che non è il frutto di un'interpretazione estensiva di singole disposizioni ma che trova il suo diretto fondamento nell'art. 3, 2° comma Cost., quale fonte normativa generale dei diritti

---

<sup>7</sup> Peraltro, si è prospettata anche in giurisprudenza la possibilità di far derivare la tutela del godimento abitativo direttamente dall'art. 14 Cost., attraverso una riconsiderazione estensiva del concetto di libertà domiciliare. Tuttavia, a differenza di quanto è accaduto per l'analoga disposizione contenuta nell'art. 8 CEDU (cfr. *infra* par. 4.), l'art. 14 ha sempre mantenuto un contenuto circoscritto rivolto principalmente a tutela dell'inviolabilità della riservatezza e del domicilio dalle ingerenze delle autorità di pubblica sicurezza.

<sup>8</sup> T. MARTINES, *Il "diritto alla casa"*, cit., pp. 393-4; A. SORACE, *A proposito di proprietà dell'abitazione, diritto d'abitazione e proprietà (civiltistica) della casa*, cit., pp. 1185; U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, cit., pp. 29-47.

sociali non esplicitamente riconosciuti dalla Carta, nonché nell'art. 2 Cost. che introduce una clausola di riconoscimento dei diritti inviolabili aperta alle nuove esigenze di protezione della persona<sup>9</sup>.

Tale percorso ricostruttivo è stato infine recepito – dopo un'iniziale resistenza – dalla giurisprudenza costituzionale la quale ha sancito la vigenza nel nostro ordinamento del diritto all'abitazione, attraverso una serie di tappe che scandiscono il progressivo mutamento di percezione del valore assiologico dell'abitazione e dei soggetti destinatari del dovere di protezione dell'esigenza abitativa del singolo.

Com'è noto, il principale<sup>10</sup> oggetto di riflessione per la costruzione giuridica del diritto all'abitazione come diritto sociale fondamentale è stata la legislazione speciale sulle locazioni ad uso abitativo e in particolare il difficile bilanciamento tra interesse del locatore-proprietario a tornare nella disponibilità dell'immobile e quella del conduttore a rafforzare quanto più possibile la sua stabilità abitativa. Lo spostamento di attenzione dalla garanzia minima del contenuto della proprietà verso una più compiuta ponderazione dei contrapposti interessi dell'abitante-conduttore è avvenuto gradualmente.

Nelle prime pronunce del 1976 aventi ad oggetto il regime di blocco dei canoni, infatti, la giurisprudenza costituzionale ha attribuito all'abitazione un primo riconoscimento qualificandola come *bene primario* la cui garanzia a tutti i cittadini giustifica una limitazione della

---

<sup>9</sup> E. BARGELLI, *Abitazione (diritto alla)*, cit., pp. 2; A. DE VITA, *Diritto alla casa in diritto comparato*, UTET 1990, p. 53.

<sup>10</sup> Un secondo filone di pronunce che ha contribuito all'emersione del diritto alla casa è quello che ha giudicato della legittimità rispetto al riparto di competenze tra Stato e regioni della legislazione nazionale di edilizia abitativa o di concessione di mutui agevolati per l'acquisto di una casa. In queste pronunce si è inizialmente definito come *interesse nazionale* che legittima l'avocazione della competenza legislativa allo Stato il dovere «*da parte della collettività intera [di] impedire che delle persone possano rimanere prive di abitazione*» (Corte Cost., 17 febbraio 1987, n. 49, *Giur. it.*, 1988, I,1,340) per poi sancire con maggiore nettezza «*l'inderogabile imperativo costituzionale di ridurre la distanza o la sproporzione nel godimento dei beni giuridici primari, contribuendo a conferire il massimo di effettività a un diritto sociale fondamentale (art. 3, secondo comma, Cost.)*» (Corte cost., 25 febbraio 1988, n. 217, in *Riv. Giur. Edil.*, 1988, I, 264 e in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1988, 833 ss.). Si tratta di decisioni che giudicando del riparto di competenze non affrontano direttamente il problema della rilevanza del diritto all'abitazione nei rapporti tra privati, e che quindi restano confinate al profilo strettamente sociale del diritto di promozione dell'accesso alla proprietà abitativa. V. anche Corte Cost., 23 maggio 2008, n. 166, in *Giur. cost.*, 2008, 3, 1999; Corte Cost., 09 luglio 2009, n. 209, in *Giur. cost.*, 2009, 4, 2419.

proprietà<sup>11</sup>. Invece di procedere ad una qualificazione dell'interesse abitativo come diritto fondamentale, la Corte si è interrogata se la disciplina vincolistica rappresentasse una limitazione alla proprietà del locatore incompatibile con l'art. 42 Cost. La preoccupazione è stata, quindi, quella di valutare se un regime limitativo della libertà di imporre un canone di mercato non rappresentasse uno svuotamento del contenuto minimo costituzionalmente garantito del diritto di proprietà o se esso rappresentasse invece una declinazione della sua funzione sociale.

Questa resistenza della giurisprudenza a concepire l'interesse abitativo come un'autonoma situazione soggettiva si è mantenuta per oltre un decennio. Infatti, anche quando nel 1983 la Corte è stata chiamata a giudicare della compatibilità della legge sull'equo canone, questa ha espressamente rigettato la tesi – della dottrina e dei giudici *a quibus* – della incompatibilità costituzionale di un regime legale che consentisse al locatore di interrompere liberamente il rapporto di godimento della controparte senza addurre una giusta causa di recesso direttamente sindacabile dal giudice ordinario.

Dopo aver ribadito che *«l'abitazione costituisce, per la sua fondamentale importanza nella vita dell'individuo, un bene primario il quale deve essere adeguatamente e concretamente tutelato dalla legge»*, la Corte nega espressamente che questa possa assurgere al rango di diritto inviolabile autonomamente protetto dall'art. 2 della Costituzione. Innanzitutto, viene messa in discussione la tesi secondo cui la casa rappresenterebbe il presupposto per la piena soddisfazione di altri diritti costituzionalmente garantiti<sup>12</sup>. Al contempo si conferma l'idea che l'art. 47 Cost. non sia un parametro sufficiente da cui dedurre il diritto all'abitazione ma che anzi proprio il risultato applicativo di prolungare illimitatamente il rapporto di locazione finirebbe per disincentivare la tendenza al risparmio popolare all'acquisto della casa che rappresenta il vero scopo della disposizione. Trovano così riscontro giurisprudenziale i rilievi della dottrina circa l'inconciliabilità tra tutela del risparmio per l'acquisto della proprietà e l'esigenza di rafforzare la stabilità abitativa attraverso regole che

---

<sup>11</sup> Cfr. Corte Cost., 15 gennaio 1976, n. 3, in *dejure.it*. Si vedano anche in senso analogo le pronunce Corte Cost., 15 gennaio 1976, n. 4 e Corte Cost., 18 novembre 1976, 225.

<sup>12</sup> In particolare, rispetto alla teoria del diritto all'abitazione come presupposto per il godimento di altri diritti inviolabili la Corte replica che se *«i diritti inviolabili sono, per giurisprudenza costante, quei diritti che formano il patrimonio irrettabile della personalità umana, non è logicamente possibile ammettere altre figure giuridiche, le quali sarebbero dirette a funzionare da "presupposti" e dovrebbero avere un'imprecisata, maggiore tutela»* (Corte Cost., 28 luglio 1983, n. 252, cit., par. 4).



impediscano un recesso repentino dal rapporto contrattuale che legittima il godimento dell'alloggio. Infine, anche rispetto alla clausola di cui all'art. 42, 2° co., Cost., la Corte rigetta l'ipotesi che essa abbia una portata tale da poter ritenere illegittimo il regime di libera recedibilità dal contratto da parte del locatore: la funzione sociale, infatti, rappresenta un indirizzo generale che ispira la legislazione all'apposizione di limiti e che impone una valutazione di bilanciamento tra la garanzia della proprietà privata e la tutela di contrapposti interessi, ma che non può operare se non attraverso una mediazione legislativa<sup>13</sup>. Un conto è invocarla per giustificare la compatibilità costituzionale di una disciplina limitativa – come nelle sentenze del 1976 – un altro è farne discendere l'incompatibilità costituzionale di un regime non sufficientemente protettivo del contrapposto interesse, posto che il legislatore ha scelto di non introdurlo.

Nonostante questa netta chiusura, il *revirement* della Corte arriverà pochi anni dopo. Soltanto a distanza di un lustro, infatti, si avrà la definitiva consacrazione del diritto all'abitazione come diritto sociale collocabile fra i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 della Costituzione. Nella pronuncia del 1988 la Corte dichiara l'incostituzionalità dell'istituto della successione legale nel contratto di locazione (art. 6, 1° comma, della legge 27 luglio 1978, n. 392) nella parte in cui si esclude dal novero dei soggetti legittimati il convivente *more uxorio* in caso di morte del conduttore nonché colui che abbia cessato la convivenza quando vi sia prole naturale<sup>14</sup>. La pronuncia si pone in netta discontinuità con l'indirizzo precedente sotto diversi aspetti.

Innanzitutto, è possibile apprezzare un mutamento di prospettiva nella considerazione del conflitto tra proprietà e abitazione: mentre nelle prime decisioni il problema era quello di evitare un'eccessiva limitazione della proprietà, nel rispetto dell'art 42 Cost., in questa decisione viene invocato direttamente il diritto all'abitazione protetto dall'art. 2 quale parametro di un giudizio di ragionevolezza della previsione legislativa. Così, l'irragionevole esclusione di soggetti destinatari del medesimo interesse alla stabilità abitativa contrasta con lo scopo che lo stesso

---

<sup>13</sup> Corte Cost., 28 luglio 1983, n. 252, cit., par. 9: «l'attuazione dell'indirizzo suddetto è riservata, per il testuale disposto costituzionale, al legislatore ordinario, il quale dovrà provvedervi secondo il criterio indicato dal Costituente».

<sup>14</sup> Corte Cost., 07 aprile 1988, n. 404, in *Giur. cost.*, 1988, I, 1789 e in, *Dir. Fam. Per.*, 4, 1988, pp. 1559–75 con nota di A. SCALISI, *Il «diritto» all'abitazione del convivente more uxorio nella successione del contratto locativo*.

legislatore si propone di perseguire con l'istituto della successione legale.

In secondo luogo, emerge una diversa considerazione dell'efficacia del diritto all'abitazione come impositiva di doveri di solidarietà sociale di cui non soltanto lo Stato ma anche la collettività deve farsi carico<sup>15</sup>. Questo argomento, che rappresenta la ricaduta effettuale della qualificazione del diritto come inviolabile, aprirà la strada, come si avrà modo di vedere, ad alcune applicazioni ad opera del giudice civile di maggior protezione dell'interesse abitativo nei rapporti tra privati.

Infine, anche sul piano applicativo la sentenza n. 404 del 1988 introduce un elemento di novità. Mentre, infatti, le sentenze del 1976 e del 1983 si ponevano la questione di bilanciare l'interesse del proprietario con quello del conduttore e, quindi, di comporre un conflitto tra soggetti legati ad un vincolo contrattuale preesistente, questa pronuncia ritiene ragionevole estendere la protezione legislativa in ragione del mero fatto di abitare in modo stabile e duraturo nella casa, senza che l'interessato sia formalmente titolare del diritto personale di godimento nascente dal contratto. La protezione della stabilità abitativa viene così estesa a tutti quei soggetti che vantano un legame sufficientemente duraturo con il bene da essere qualificabile come *stabile convivenza*, senza aver riguardo né al fatto che questi soggetti siano formalmente parti del rapporto contrattuale né alla natura (coniugale o parentale) della relazione che ha dato vita alla coabitazione con il conduttore. Infatti, la necessità di comprendere i conviventi *more uxorio* tra i successori legali ex art. 6 non viene fatta discendere da una pretesa parità di trattamento tra conviventi e coniugi (la cui diversità sul piano del riconoscimento giuridico, anzi, è espressamente ribadita dalla Corte) ma dal fatto che in quella casa si sia instaurata un'abituale convivenza<sup>16</sup>. È dunque la situazione di fatto in sé considerata a legittimare l'estensione della tutela.

---

<sup>15</sup> Come segnalato da A. DE VITA, *Diritto alla casa in diritto comparato*, cit., infatti, «la Corte super[a] l'impostazione assunta nella sentenza n. 252 del 1983, allorché come unico interlocutore della pretesa alla soddisfazione del bisogno abitativo contemplava esclusivamente lo Stato. Nella sentenza n. 404 del 1988 raccorda invece esplicitamente la questione del diritto all'abitazione con il regime dei rapporti locativi privati, richiamando i singoli al rispetto di quel dovere di solidarietà sociale, sancito dalla Costituzione e postulato dalla legge del 1978».

<sup>16</sup> Corte Cost., 07 aprile 1988, n. 404, cit., «l'art. 3 della Costituzione va qui invocato dunque non per la sua portata eguagliatrice, restando comunque diversificata la condizione del coniuge da quella del convivente *more uxorio*, ma per la contraddittorietà logica della esclusione di un convivente dalla previsione di una norma che intende tutelare l'abituale convivenza».

Una volta approdati alla piena affermazione del diritto inviolabile all'abitazione la Corte costituzionale ha dato seguito alla qualificazione avendo però cura di precisare più in concreto la sua portata effettuale<sup>17</sup>. Infatti, il consolidamento di questo indirizzo sul piano dei principi non ha messo in crisi le precedenti decisioni, in cui tale diritto non aveva ancora trovato pieno riconoscimento. In particolare, rispetto alla sindacabilità della legittimità del recesso del locatore non si è assistito ad alcun ripensamento: resta escluso che la cogenza del diritto all'abitazione possa tradursi sul piano applicativo in un totale ripensamento della natura del rapporto di locazione abitativa che comporti l'imposizione al locatore di un vincolo di durata indeterminata. Inoltre, nelle successive decisioni, la Corte costituzionale ha avuto modo di mettere a punto alcune precisazioni sul modo in cui il diritto all'abitazione impegna tanto il legislatore quanto i privati che vantino legittime prerogative proprietarie sul bene. Si è così ribadito, facendo eco alla decisione del 1983, che *«come ogni altro diritto sociale, anche quello all'abitazione, è diritto che tende ad essere realizzato in proporzione delle risorse della collettività; solo il legislatore, misurando le effettive disponibilità e gli interessi con esse gradualmente soddisfatti, può razionalmente provvedere a rapportare mezzi a fini, e costruire puntuali fattispecie giustiziabili espressive di tali diritti fondamentali»*<sup>18</sup>. Non si apre così le porte ad un'applicazione indistinta della tutela dell'abitante ma, al contrario, viene confermata la necessità di una mediazione legislativa quale unico mezzo per dare attuazione al dovere di solidarietà attraverso un bilanciamento del diritto con altri interessi costituzionalmente garantiti. Inoltre, anche rispetto all'impegno statale, il diritto all'abitazione per quanto inviolabile non assurge a diritto incondizionato o assoluto, in quanto la sua attuazione dipende necessariamente dalla disponibilità delle risorse del bilancio statale concretamente destinate al suo soddisfacimento.

---

<sup>17</sup> Corte Cost., 18 maggio 1989, n. 252, in *Giust. civ.*, 1989, I, 1271; Corte Cost., 20 dicembre 1989, n. 559, in *Rass. dir. civ.*, 1991, 888; Corte Cost., 19 novembre 1991, n. 419, *Giust. civ.*, 1992, I, 313; Corte Cost., 03 febbraio 1994, n. 19, in *Giur. cost.*, 1994, 136; Corte Cost., 21 novembre 2000, n. 520, *Giur. cost.*, 2000, 6; Corte Cost., 14 dicembre 2001, n. 410, in *Riv. giur. edilizia*, 2002, I, 75.

<sup>18</sup> Corte Cost., 18 maggio 1989, n. 252, cit., par. 3.

## 2.1. Applicazioni orizzontali. Danno non patrimoniale da lesione dell'abitare

Nonostante la cautela con cui la Corte costituzionale ha proceduto a dare riconoscimento al diritto all'abitazione come diritto implicitamente protetto dall'ordinamento, questa decisione ha progressivamente influenzato l'attività interpretativa del giudice ordinario. Una volta affermato che l'interesse abitativo, nelle sue varie declinazioni, asurge al rango di diritto inviolabile, questo acquista inevitabilmente una posizione privilegiata sul piano assiologico, che spinge ad un ripensamento degli istituti privatistici demandati a garantire stabilità e adeguatezza al godimento abitativo. Questa riscrittura è stata attuata attraverso interventi legislativi che interessano trasversalmente diversi settori del diritto, mentre più frammentate e di minor incidenza sono state le decisioni giurisprudenziali in cui il diritto all'abitazione è stato utilizzato o come strumento ermeneutico di correzione del diritto positivo o come precetto direttamente applicabile<sup>19</sup>.

L'esempio di applicazione più generalizzata del diritto all'abitazione di matrice giurisprudenziale si è realizzato senza dubbio attraverso lo strumento del risarcimento del danno. Soprattutto di recente, infatti, è possibile riscontrare una notevole espansione delle pronunce che attribuiscono rilevanza a pregiudizi legati al godimento stabile dell'abitazione ai fini della liquidazione del danno non patrimoniale. D'altra parte, non deve stupire che rispetto ad altri settori del diritto civile quali il contratto o la proprietà, l'illecito extracontrattuale abbia recepito con più facilità le nuove esigenze di tutela emergenti dall'evoluzione costituzionale. La maggior capacità della tutela aquiliana nel recepire i nuovi diritti costituzionali emergenti si spiega non soltanto per la notevole versatilità operativa del rimedio rispetto a quelli rigidamente tipizzati in materia contrattuale e proprietaria ma anche per la

---

<sup>19</sup> Per una disamina dei vari interventi legislativi che interessano la tutela dell'abitazione nel rapporto tra privati cfr. E. BARGELLI, *Abitazione (diritto alla)*, cit., pp. 12-7; EAD., *Costituzionalizzazione del diritto privato e diritto all'abitazione. Dal diritto interno alla Cedu e alla Corte di Giustizia e ritorno*, cit., pp. 91-5. Gli interventi legislativi hanno interessato in larga misura la disciplina del contratto di locazione e di compravendita. Inoltre, l'esigenza di tutelare la stabilità abitativa, anche familiare, è alla base dell'istituto dell'assegnazione della casa familiare (art. 155 *quater* c.c.) nonché delle disposizioni protettive previste per la casa di abitazione di un soggetto sottoposto a procedura fallimentare (artt. 47 e 72, 8° co., l. fall.).

particolare rilevanza assunta dalla categoria dei diritti inviolabili nel sistema della responsabilità civile e del danno non patrimoniale.

Dal punto di vista rimediabile, infatti, la tutela risarcitoria consente la riparazione del pregiudizio per equivalente, senza necessariamente costruire un rimedio che ripristini la situazione allo *status quo ante* attraverso la restituzione del bene. Di fronte ad una situazione lesiva dell'interesse abitativo, lo strumento risarcitorio consentirà di monetizzare il pregiudizio subito senza necessariamente approdare ad un mantenimento del godimento abitativo che possa risultare lesivo di altri interessi sul bene. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di perdita del godimento abitativo da parte del conduttore a seguito del pignoramento della casa di proprietà del locatore<sup>20</sup>. Nonostante l'impossibilità di opporre il contratto di locazione nei confronti dell'aggiudicatario per l'assenza di una data certa anteriore al pignoramento, la liquidazione per equivalente del pregiudizio derivante dall'estromissione dall'abitazione consentirà di garantire al conduttore una riparazione che dia rilevanza alle ricadute che la perdita della casa ha avuto dal punto di vista personale. La malleabilità dello strumento consente così di aggirare il problema della rivalità del bene su cui insiste il conflitto tra appartenenza e interesse abitativo, temperando la durezza del rimedio proprietario (in questo caso, a favore dell'aggiudicatario) e affiancando ad esso un rimedio risarcitorio che tenga conto, nella quantificazione del danno, dei riflessi non patrimoniali del pregiudizio<sup>21</sup>.

Ma il principale fattore che ha portato ad una rapida proliferazione del rimedio risarcitorio per la lesione del diritto all'abitazione risiede nella diretta rilevanza dei diritti inviolabili ai fini della risarcibilità del danno non patrimoniale: la tutela rafforzata che viene evocata dalla

---

<sup>20</sup> Trib. Roma 23 settembre 2009, in *La responsabilità civile*, 2010, 2, pp. 132-36, con nota di R. PARTISANI, *Il danno morale del conduttore estromesso dall'immobile pignorato*. In questa sentenza si è deciso di condannare il locatore al risarcimento del danno morale nei confronti del conduttore per l'inadempimento derivante dal legittimo pignoramento del bene opponibile al conduttore. L'impossibilità di far valere la regola dell'*emptio non tollit locatum* nei confronti dell'assegnatario del bene per assenza di una data certa anteriore al pignoramento non fa venir meno l'obbligo del locatore di garantire la controparte per le molestie di diritto.

<sup>21</sup> Trova conferma l'intuizione di autorevole dottrina secondo cui «*le regole di validità che sono alla base di una tutela demolitoria, possono ben convivere con regole di comportamento, la cui tutela è affidata, per definizione ai rimedi risarcitori*» e che attribuisce all'illecito civile la funzione di «*occupare lo spazio normativo lasciato scoperto dalle regole contrattuali*», v. A. DI MAJO, *La «via di fuga» nel torto aquilano*, in *Europa e diritto privato*, 4, 2013, pp. 1098-1127.

natura inviolabile del diritto ha consentito di superare la barriera della riserva di legge di cui all'art. 2059 c.c. e di estendere l'area della risarcibilità ogni qual volta la condotta del danneggiante risulti lesiva del contenuto minimo essenziale dell'interesse della persona costituzionalmente protetto al massimo livello<sup>22</sup>. Tale ricostruzione – che supera l'idea di un semplice rinvio dell'art. 2059 c.c. alle disposizioni costituzionali a garanzia dei diritti della persona<sup>23</sup> – presuppone la capacità espansiva della categoria dei diritti inviolabili per mezzo dell'interpretazione evolutiva della Carta e, quindi, a prescindere dalla loro esplicita menzione<sup>24</sup>. Si è così progressivamente esteso il rimedio risarcitorio per i danni non patrimoniali anche a quelle condotte che si concretizzano in una privazione o in una lesione del godimento dell'abitazione che intacchi il suo nucleo essenziale.

Invero, anche sul piano del risarcimento del danno si è riproposta la difficoltà di superare l'impropria sovrapposizione concettuale tra proprietà e abitazione. Le più risalenti pronunce, infatti, hanno tentato di riparare le conseguenze pregiudizievoli derivanti della lesione al godimento del bene-casa attraverso un generalizzato riconoscimento della natura inviolabile del diritto di proprietà, che troverebbe conferma dalla

---

<sup>22</sup> Cfr. E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e responsabilità civile*, in *Enciclopedia del Diritto. Annali*, Giuffrè, Milano 2014.

<sup>23</sup> Era questa l'impostazione delle precedenti sentenze Cass. Civ. 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Foto Italiano*, 2003, I, 2272 ss., con nota di E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente* e in *Danno e Responsabilità*, 2003, 8-9, pp. 819 con note di F. D. BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona* e di G. PONZANELLI, *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione*.

<sup>24</sup> Cass. Civ., Sez. Un., 11 novembre 2008 nn. 26972-5, in *Resp. Civ.*, 2009, 4 ss., in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2009, I, 102 ss., in *Foro it.*, 2009, I, 120 ss. e in *Danno e Resp.*, 2009, 19 ss., in particolare si legga par. 2.14. «*la tutela [aquiliana] non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma, in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost. ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana*». Sulle note sentenze gemelle del 2008 cfr. E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1, 2009, pp. 63–75; EAD., *Il danno non patrimoniale e la responsabilità extra contrattuale*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il danno non patrimoniale: principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Giuffrè, Milano 2010, pp. 3 ss.; F. D. BUSNELLI, *Le Sezioni unite e il danno non patrimoniale*, in *Rivista di diritto civile*, n. 55, 1, 2009, pp. 97 ss.; P. G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 74, 1, 2009, pp. 56 ss.

protezione che essa riceve non tanto nella Costituzione italiana quanto a livello europeo all'art. 1, I. Prot., CEDU e all'art. 17 CDFUE<sup>25</sup>. La tutela della proprietà da parte delle Carte europee dei diritti fondamentali è parsa un argomento sufficiente a ritenere superata l'idea che le libertà economiche abbiano un ruolo secondario dal punto di vista assiologico rispetto ai diritti della persona<sup>26</sup>. Questa tesi, tuttavia, ha suscitato numerose reazioni. Innanzitutto, essa contrasta con il ruolo che la Costituzione assegna alla proprietà privata, quale istituto protetto nei limiti del suo contenuto minimo, una volta rispettato il quale sono ammesse forme di compressione finalizzate al perseguimento di interessi generali. Il riconoscimento costituzionale attribuisce alla proprietà una garanzia d'istituto che non è incompatibile con legislazioni conformative orientate al perseguimento della funzione sociale né con strumenti ablativi del diritto quali l'espropriazione per pubblica utilità. Ma a ben guardare, anche le carte europee, pur collocando sul piano formale l'istituto della proprietà all'interno del catalogo dei diritti dell'uomo, nondimeno, ammettono e disciplinano al pari degli ordinamenti nazionali gli istituti ablativi e limitativi della proprietà<sup>27</sup>. Il rafforzamento della tutela proprietaria evocato dalla disciplina europea si limita quindi a sanzionare gli Stati per quei comportamenti che in concreto pongono a rischio la certezza delle situazioni di appartenenza perpetrando forme di privazione o compressione illegittime in quanto in contrasto con il principio di legalità oppure sproporzionate nelle modalità di attuazione

---

<sup>25</sup> Tra le più recenti decisioni dei giudici di merito che hanno affermato il carattere «inviolabile» del diritto di proprietà che legittima la risarcibilità del danno non patrimoniale. Cfr. Trib. Firenze, 21 gennaio 2011, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2011, I, 762, con commento di F. AZZARRI, *La proprietà e la tutela aquiliana dei diritti inviolabili* e in *Resp. Civ. Prev.*, 2011, 6, 1296, con nota di P. ZIVIZ, *La scivolosa soglia dei diritti inviolabili*; Trib. Palermo 18 giugno 2010, in *dejure.it*, 2010; Trib. Brindisi 27 settembre 2011, *dejure.it*; Trib. Vercelli 21 febbraio 2015, in *dirittocivilecontemporaneo.com*.

<sup>26</sup> In dottrina si veda, S. FILIPPI, *Lesione del diritto di proprietà e danno non patrimoniale: per le S.U. questo matrimonio non s'ha da fare*, in *Responsabilità civile*, n. 6, 1, 2009, pp. 58–67; R. ROLLI, *La proprietà come diritto dell'uomo?*, in *Contratto e impresa*, 4-5, 2011, pp. 1014–1075; R. CONTI, *Il diritto di proprietà è un diritto umano? Ricadute in tema di danno morale (rectius non patrimoniale)*, in *Danno e responsabilità*, n. 11, 3, 2006, pp. 237–243, in particolare p. 242.

<sup>27</sup> A. GAMBARO, *Consonanze e dissonanze nelle fonti dell'istituzione proprietaria*, in *Jus Civile*, 7, 2016, pp. 289-90 secondo cui i testi costituzionali europei «indicano non già che la proprietà privata è inviolabile, ma l'esatto contrario, indicano cioè che essa può essere espropriata per pubblica utilità». Analogamente E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità extra contrattuale*, cit., p. 28.

o nell'indennizzo. Al contrario, non negano la possibilità che lo Stato mantenga il suo potere di ingerenza sui diritti patrimoniali (anche attraverso interventi di privazione degli stessi) per perseguire finalità di interesse generale. Come si approfondirà in seguito, anche a livello CEDU è possibile individuare senza troppi sforzi un diverso "trattamento" che l'ordinamento riserva alla protezione della proprietà rispetto a quello previsto per i diritti della persona. In sintesi, non sembra che il dato normativo europeo, se letto nel suo significato effettivo, smentisca l'idea che la garanzia costituzionale dei diritti inviolabili sia logicamente incompatibile con situazioni giuridiche qualitativamente differenti in quanto misurabili in base a criteri estranei al concetto stesso di persona<sup>28</sup>. Sebbene il dubbio non sia stato sciolto a livello giurisprudenziale attraverso una presa di posizione netta che escludesse qualsiasi rilevanza degli interessi economici nella riparazione del danno non patrimoniale, l'attuale tendenza dei giudici di merito e di legittimità conferma l'impossibilità di configurare il danno non patrimoniale da perdita della proprietà.

Al contrario, negli ultimi anni, sono proliferate le pronunce che risarciscono la lesione dell'interesse abitativo, sia per responsabilità extracontrattuale<sup>29</sup> che contrattuale<sup>30</sup>. Questa espansione dell'operatività del danno non patrimoniale ha riguardato tanto il grado di serietà

---

<sup>28</sup> A. BALDASSARRE, «Diritti inviolabili», in *Enciclopedia giuridica*, 1989, p. 25, il quale lapidariamente definisce un «non-senso» tale equiparazione.

<sup>29</sup> La casistica più frequente riguarda i rapporti di vicinato condominiale e in particolare il danno da infiltrazioni d'acqua. Cfr. v. Trib. Milano 30 settembre 2003, in *Guida al Diritto*, 2003, 50, 58 ss; Giud. Pace Venezia, 15 dicembre 2009, in *Il giudice di pace*, 2011, 63; Trib. Genova, 7 ottobre 2010, in *Resp. Civ.*, 2012, 4, 284 con nota di S. SCOLA, *Il danno non patrimoniale tra lesione della proprietà e diritto all'abitazione*; Trib. Napoli, sez. di Pozzuoli, 14 febbraio 2011; Trib. Brindisi, 26 marzo 2013 n. 2126, *Danno e Resp.*, 2014, 5, 525, con nota di R. ROLLI, *Diritto di abitazione e risarcimento del danno non patrimoniale*; Trib. Trieste, 9 dicembre 2013, n. 986, *dirittocivilecontemporaneo.com*. Sempre nei rapporti di vicinato, riguardo ai danni cagionati dall'attività edilizia dell'immobile finitimo, T. Brindisi, 26 marzo 2013, in *Vita Notarile*, 2013, 3, 1451. Infine, si veda nt. 32 per la casistica in materia di immissioni intollerabili.

<sup>30</sup> In materia di appalto, v. Trib. Taranto, 04 aprile 2014, n.1098, in *altalex.it*; Trib. Milano, 03 settembre 2012 n. 9733, in *Foto it.*, 2012, 10, I, 2850 (responsabilità contrattuale dell'appaltatore e del direttore dei lavori ex art. 1669 c.c.); Trib. Ivrea, 22 giugno 2004, in *Giur. Merito*, 2005, 4, 845 (ritardo nell'esecuzione dei lavori). In materia di locazione, Trib. Roma 23 settembre 2009, cit. (estromissione del conduttore dalla disponibilità materiale della cosa, artt. 1585-6 c.c.). In materia di compravendita, Trib. Bari 23 aprile 2014 n. 2053, in *Foro It.*, 2014, 7-8, I, 2247 (vendita di immobile privo di agibilità e *aliud pro alio*).



richiesto affinché la lesione della sfera personale sia sufficientemente apprezzabile per giustificare il rimedio risarcitorio quanto la legittimazione ad agire in via risarcitoria da parte danneggiato.

Per quanto riguarda il primo aspetto, se, inizialmente, il filtro del principio di tolleranza enucleato dalla giurisprudenza del 2008 tendeva ad ammettere la riparazione di quelle condotte che comportavano per il danneggiato una totale perdita dell'abitazione, progressivamente la sfera di protezione dell'individuo si è espansa fino a ritenere suscettibili di tutela anche forme di compressione minore della sfera abitativa. Questa evoluzione è dovuta al progressivo recepimento da parte dei giudici nazionali dell'articolo 8 della CEDU, la cui efficacia di norma sub-costituzionale ha rafforzato il contenuto del diritto all'abitazione includendo al suo interno una maggiore considerazione della tutela dell'*habitat* e dell'ambiente salubre e allargando così le maglie della risarcibilità ben oltre il grado di serietà dell'offesa tracciato in precedenza dalla giurisprudenza<sup>31</sup>. Questo nuovo indirizzo coinvolge principalmente l'istituto delle immissioni intollerabili di cui all'art. 844 c.c. che si sostanziano in una lesione della vita privata e familiare del danneggiato, pur in assenza di un danno biologico accertabile<sup>32</sup>. Attraverso il richiamo esplicito alla giurisprudenza di Strasburgo<sup>33</sup>, la Cassazione ha

---

<sup>31</sup> Nei casi di cui alla nt. 29 la soglia di offensività viene posta nel fatto che l'abitante subisca un'interdizione completa nel godimento dell'alloggio. Infatti, in Trib. Milano, 06 luglio 2011, n. 9129, in *Giur. merito*, 2012, 4, 875, si esclude la gravità della lesione laddove l'infiltrazione ha provocato soltanto una situazione di «*insalubrità [dell'ambiente domestico] e la difficoltà di gestire la propria vita di relazione*».

<sup>32</sup> Cass. Civ., Sez. Un., 01 febbraio 2017 n. 2611, in *Resp. Civ. Prev.*, 2017, 3, 821 con nt. di A. DINISI, *Immissioni intollerabili e danno non patrimoniale da lesione del diritto al godimento dell'abitazione* e in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 3, 2018, pp. 801 ss. annotata da M. CIANCIMINO, *Danno non patrimoniale da immissioni e tutela della proprietà. Nuovi profili interpretativi*. Tra i precedenti v. Cass. Civ., 16 ottobre 2015, n. 20927, in *Danno e Resp.*, 2016, 22, annotata da V. CARBONE, *Il diritto vivente delle «immissioni»: intollerabile è anche il danno alla tranquillità familiare pur se non si misura in decibel*; Cass. Civ., 19 dicembre 2014, n. 26899, *Danno e Resp.*, 2015, p. 922, con nota di E. MENGA, *Immissioni acustiche e danno non patrimoniale: quale tutela per il diritto al riposo notturno e alla serenità domestica*. Successive conferme in Cass. Civ., 4 luglio 2017 n. 16408; Cass. Civ., 28 agosto 2017 n. 20445; Cass. civ. Sez. III, 05 febbraio 2018, n. 2668, tutte in *Danno e Resp.*, 2018, 4, 478.

<sup>33</sup> Un filone ormai consolidato della Corte EDU (consultabile alla banca dati online *hudoc.echr.coe.int*) sanziona lo Stato per attività immissive di varia natura (discariche, autostrade, discoteche, ecc.), sia pubbliche che private, che incidono a tal punto sulla qualità del godimento all'interno della propria abitazione da privare l'individuo dell'effettivo esercizio del suo diritto. Cfr. Corte EDU, *Lopez Ostra c. Spagna*, 9 dicembre

dato rilevanza a quelle lesioni della tranquillità abitativa e familiare che non provocano una perdita dell'abitazione, ma intaccano più modestamente aspetti immateriali dell'attività abitativa connessi alla qualità dell'ambiente circostante. Tale espansione incide direttamente su uno dei filtri individuati dalla Cassazione del 2008 per selezionare le voci di danno risarcibile. Una volta incorporato l'art. 8 CEDU nella nozione costituzionale di diritto all'abitazione, la tolleranza che è imposta al danneggiato nel bilanciamento di interessi si riduce e diventano risarcibili anche pregiudizi la cui gravità in concreto è meno seria rispetto alla privazione totale della casa.

## 2.2. (segue) danno non patrimoniale e legittimazione attiva del possessore

Il mutamento di prospettiva dalla proprietà all'abitazione quale oggetto della tutela aquiliana, consente anche di ripensare i confini e i limiti di estensione della legittimazione attiva al rimedio risarcitorio: in presenza di diritti «*il cui esercizio comporti l'utilizzazione dei beni quale condizione necessaria alla soddisfazione di primarie esigenze abitative*»<sup>34</sup> sarà possibile esperire l'azione risarcitoria. Il diritto all'abitazione, infatti, in quanto diritto della persona esercitabile solo attraverso il godimento del bene-casa, richiede per la sua individuazione che il soggetto sia legato al bene da un interesse variamente qualificato. Appartenenza e abitazione sono legate da un rapporto di strumentalità per cui la prima costituisce il mezzo attraverso cui l'individuo possa soddisfare il suo bisogno abitativo. Il riflesso sulla sfera personale di una compressione delle prerogative di godimento del bene consentirà così di accedere alla tutela risarcitoria indipendentemente dal tipo di situazione giuridica di cui è titolare il soggetto<sup>35</sup>. Viceversa, non si potrebbe pensare ad una tutela risarcitoria generalizzata di chi non ha una casa nei confronti dello Stato o dei privati, in quanto non si avrebbe un'individuazione sufficiente né

---

1994, in *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, 2006, 2, p. 322 ss.; Corte EDU, *Moreno Gómez c. Spagna*, 16 novembre 2004; Corte EDU, *Oliuñ c. Croazia*, 20 maggio 2010; Corte EDU, *Deés c. Ungheria*, 9 novembre 2010. Vedi *infra* par. 5.1.

<sup>34</sup> U. BRECCIA, *Itinerari del diritto all'abitazione*, in *Quad. della Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 123 ss., oggi in ID., *Immagini del diritto privato: scritti*, Giappichelli, Torino 2013, p. 144.

<sup>35</sup> Per il rapporto tra beni e diritti inviolabili nel risarcimento del danno non patrimoniale, v. ancora E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e responsabilità civile*, cit., pp. 366-7, secondo cui «*alcuni beni o servizi possono risultare talmente funzionali rispetto al godimento di diritti inviolabili che, intaccando i primi, si negano automaticamente i secondi*».

della persona del danneggiante né dell'interesse leso in concreto. Per tale ragione è sempre necessario che la lesione del diritto all'abitazione si rapporti ad una situazione giuridica patrimoniale il cui esercizio è strumentale al soddisfacimento del bisogno.

Ciò non significa che la situazione di appartenenza debba necessariamente assurgere al rango di diritto soggettivo né tantomeno di diritto reale. Senza dubbio, oltre al proprietario, sarà legittimato non soltanto l'usufruttuario, o il titolare di diritto reale sull'abitazione, ma anche chi gode del bene in forza di un diritto personale di godimento (locazione, comodato, vendita con riserva di proprietà, contratto preliminare ad effetti anticipati, ecc.). Invero, questa estensione non appare particolarmente sorprendente se non nella misura in cui conferma la necessità ormai assodata di superare il modello proprietario quale strumento elettivo di realizzazione dell'interesse abitativo. Maggiori dubbi pone invece la possibilità di estendere i confini della risarcibilità del danno non patrimoniale quando la lesione dell'abitazione si lega a interessi giuridicamente rilevanti che pur avendo come contenuto l'esercizio attuale del godimento di un alloggio non siano qualificabili come diritti soggettivi, primo tra tutti il possesso.

La questione del risarcimento del danno da lesione del possesso è sempre stato oggetto di una serie di nodi problematici. I principali contrasti non riguardano tanto l'idea che la lesione di una situazione di fatto giuridicamente rilevante come il possesso sia tutelabile per mezzo del rimedio risarcitorio. Una volta accolta la natura atipica dell'ingiustizia del danno e superato il limite dei diritti soggettivi come uniche situazioni risarcibili è ormai pacifico che anche il possesso rientri tra gli interessi diversamente qualificati che sono idonei ad integrare tale presupposto. Né ai fini del presente discorso fanno sorgere particolari problemi i dubbi della giurisprudenza circa il grado di autonomia processuale del rimedio risarcitorio rispetto ai rimedi possessori speciali (reintegrazione e manutenzione): l'opinione prevalente ritiene che la lesione del possesso prescindendo dai criteri di imputazione speciali previsti per gli illeciti possessori (spoglio e molestia) in quanto, secondo questa idea, il rimedio risarcitorio segue le regole generali sia per quanto riguarda il profilo sostanziale (condotta, danno ingiusto, dolo o colpa)<sup>36</sup>, sia dal

---

<sup>36</sup> Cass. civ., 27 ottobre 2005, n. 20875; Cass. civ., 02 dicembre 2013, n. 26985. In realtà, nonostante l'affermazione di principio, la giurisprudenza suole adottare alcuni correttivi nell'accertamento dell'illecito che avvicinano l'azione risarcitoria ai presupposti di fatto previsti per i rimedi possessori. Cfr. sul punto P. CABELLA PISU, *Azioni*

punto di vista procedurale (termini prescrizionale, autonomia della domanda giudiziale)<sup>37</sup>.

Ciò che invece è necessario valutare ai fini di vagliare la possibilità di estendere la risarcibilità del danno non patrimoniale da lesione del godimento abitativo riguarda il contenuto della tutela risarcitoria della situazione di fatto o meglio in che cosa consista il danno risarcibile da lesione del possesso. In generale, per quanto riguarda il pregiudizio subito dal possessore, si è soliti distinguere tra funzione integrativa e funzione sostitutiva del risarcimento, a seconda che di fronte ad uno spoglio la reintegrazione sia ancora possibile oppure no. Nel primo caso, il risarcimento del danno servirà a riparare soltanto il pregiudizio derivante dal mancato o ridotto godimento del bene nel periodo intercorrente tra la lesione e la sua cessazione. Nel secondo, invece, qualora il bene non sia in concreto recuperabile – perché andato distrutto o perché acquistato da un terzo in buona fede (art. 1169 c.c.) – il risarcimento andrà a sostituirsi all'azione possessoria. In questa seconda ipotesi, in passato si affermava che la mancata reintegrazione doveva essere compensata attraverso la corresponsione al possessore del controvalore della cosa<sup>38</sup>. A tale conclusione, si è però giustamente obiettato che il valore del possesso – sempre ammesso che sia quantificabile – non può coincidere con il valore del (diritto di proprietà sul) bene. A bene guardare, l'idea che sta alla base di questa soluzione è che la tutela del possesso sia “anticipatoria” della tutela del diritto e che quindi risarcendo il controvalore del bene si tutela il “probabile proprietario” del bene andato distrutto. Tuttavia, in questo modo si finisce per riconoscere alla situazione di fatto – e, quindi, per riparare – delle prerogative che l'ordinamento non gli assegna, in contrasto con il principio indennitario e di integrale riparazione del danno.

Per tale ragione, convince maggiormente la soluzione per cui, anche di fronte all'impossibilità di recuperare il bene, la quantificazione

---

*possessorie*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, 1990, p. 69, per cui «il danno è ritenuto ingiusto negli esatti limiti in cui le azioni possessorie tutelano il possesso o la detenzione; l'indagine sulla colpa è condotta con criteri assai simili a quelli illustrati a proposito dell'*animus spoliandi o turbandi*».

<sup>37</sup> Rispetto all'azione si ammette alternativamente la sua proposizione in via accessoria rispetto alle azioni possessorie nel relativo giudizio speciale oppure un'autonoma domanda soggetta al termine di prescrizione previsto per l'illecito extracontrattuale.

<sup>38</sup> C. TENELLA SILLANI, *Il risarcimento del danno da lesione del possesso*, Giuffrè, Milano 1989, pp. 179-80. G. DEJANA, *Il diritto al risarcimento dei danni in caso di lesione del possesso*, in *Giur. compl. cass. civ.*, n. XXII, I, 1946, pp. 59 ss.

del danno da lesione dal possesso debba essere effettuata guardando soltanto al pregiudizio derivante dal mancato godimento del bene: si tratterà di quantificare la lesione del godimento fino al momento in cui si verifica l'evento che rende impossibile la restituzione del bene. Questa impostazione è coerente con l'idea che il possesso assuma una rilevanza giuridica autonoma rispetto al diritto ad immagine del quale è esercitato: la tutela non trova la sua ragion d'essere esclusivamente nella presunzione che alla situazione di fatto corrisponda la titolarità del corrispettivo diritto ma, al contrario, nella necessità di proteggere in sé l'esercizio effettivo del potere sul bene quale componente utile per l'uso che ne fa il possessore all'interno della sua complessiva attività socio-economica<sup>39</sup>.

I rimedi possessori, limitandosi a proteggere l'interessato da privazioni o turbative materiali del bene, definiscono così i contorni dell'interesse del possessore, consistente nella preservazione del godimento da condotte materiali violente e clandestine. Di conseguenza, il possesso non attribuisce nessuna prerogativa che consenta al suo titolare di avvantaggiarsi del valore economico del bene, in quanto questa presuppone il potere di disporre di un diritto sul bene di cui il possessore *sine titulo* sia per l'appunto sprovvisto. Se, dunque, questo è il contenuto della situazione giuridica tutelata, sul piano risarcitorio l'ingiustizia del danno coinciderà con la lesione dell'esercizio del possesso nelle forme tipiche dello spoglio e della molestia in quanto lesive del godimento del possessore, mentre nessuna conseguenza risarcitoria potranno avere le voci di danno (consumazione, danneggiamento o distruzione del bene) che incidono sul valore commerciale del bene, in quanto nessuna prerogativa assegnata al possessore è idonea a preservarle.

L'idea che la lesione del possesso si limiti a dare rilevanza e a riparare le conseguenze da mancato godimento del bene ha come corollario che il rimedio risarcitorio tutela il possesso in sé, a prescindere dal successivo accertamento in sede petitoria della corrispondenza alla situazione di diritto. Una volta sganciata la tutela risarcitoria dal valore del bene posseduto, infatti, risulta più evidente la totale autonomia della situazione del possessore da quella del proprietario. Tale conclusione,

---

<sup>39</sup> V. ancora P. CABELLA PISU, *Azioni possessorie*, cit., p. 56 quando dice che il danno coincide con «il "valore di organizzazione" del possesso, in quanto la cosa può essere inserita in attività economiche, personali o familiari del possessore, che dalla lesione del possesso verrebbero pregiudicate».

è stata recentemente messa in dubbio da un parte della dottrina, la quale ha sostenuto che di fronte allo spoglio posto in essere dal proprietario il risarcimento del danno corrisposto allo spogliato in sede possessoria abbia carattere provvisorio e debba essere restituito qualora si accerti che l'autore dello spoglio sia il reale proprietario del bene<sup>40</sup>: in questo caso, infatti, i danni al possesso derivanti dalla violazione verrebbero assorbiti dai contrapposti danni che il possesso stesso ha cagionato al proprietario.

La soluzione tuttavia non convince: non soltanto perché facendo coincidere l'antigiuridicità della lesione del possesso con la sussistenza del diritto questa finisce per ridurre la tutela di cui agli artt. 1168 e 1170 c.c. – e di conseguenza la stessa situazione di fatto – ad una mera anticipazione della tutela proprietaria, pronta a cadere una volta accertata la diversa titolarità del diritto, ma anche perché il risultato pratico che ne consegue tradisce una delle *ratio* alla base dei rimedi possessori, e cioè quella di evitare che anche il proprietario recuperi il bene in via di autotutela attraverso azioni violente o clandestine. Né appare del tutto fondato il timore che l'autonoma risarcibilità del possesso conduca ad una moltiplicazione del danno da risarcire una volta raffrontato con l'eventuale danno concorrente che il proprietario del bene abbia patito in ragione della condotta del terzo spogliatore: superata l'idea che il danno alla proprietà sia un danno che va risarcito *in re ipsa* (come la recente Cassazione tende a fare, v. *supra* Cap. III, par. 4.1.), sarà più agevole distinguere i pregiudizi in concreto subiti dal possessore in conseguenza dello spoglio da quelli che residuano a causa della condotta del secondo in favore del proprietario<sup>41</sup>. Una volta identificato il danno subito dal possessore (non nel valore commerciale del bene ma) nel solo valore di organizzazione socioeconomica, il *quantum* sarà più difficilmente sovrapponibile a quello subito dal proprietario del bene, il quale potrà invece agire nei confronti del terzo usurpatore soltanto per

---

<sup>40</sup> M. FORNACIARI, *Il risarcimento del danno da lesione del possesso*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, pp. 89; consultabile anche in ID., *Il risarcimento del danno da lesione del possesso*, in *Judicium*, 2012, in particolare pp. 9-14.

<sup>41</sup> Il problema che si è posto è quello di evitare che allo spogliatore venga richiesto due volte il medesimo risarcimento, prima dal possessore e poi dal proprietario. La soluzione caldeggiata da R. CATERINA, R. SACCO, *Il possesso*, Giuffrè, Milano 2014, p. 353-5, è quella di consentire al possessore che non può ottenere la restituzione del bene di percepire un integrale risarcimento comprensivo del valore della cosa e dei frutti. Tale somma dovrà eventualmente essere restituita all'effettivo proprietario, con o senza gli interessi a seconda dalla buona o mala fede del possessore.

il risarcimento del valore di mercato della *res* (in caso di suo danneggiamento o perimento) e degli altri eventuali danni in concreto da lui subiti (mancata percezione dei frutti e mancato godimento).

Analogamente, anche quando lo spoglio viene effettuato dal proprietario, l'autonoma risarcibilità del possesso non conduce a risultati particolarmente iniqui se si considera che i danni arrecati al possesso e alla proprietà possono avere natura diversa e quindi non essere completamente sovrapponibili. Quello al possesso derivante dallo spoglio o molestia del titolare del diritto si limita come si è detto ai pregiudizi legati al mancato godimento mentre quello eventualmente arrecato alla proprietà in conseguenza del possesso, invece, non sempre si traduce in un'integrale riparazione di tutte le prerogative che il titolare avrebbe potuto esercitare sul bene, dovendosi accertare se le singole voci di danno (perdita di valore del bene, frutti, mancato godimento) si siano in concreto verificate a causa dell'altrui possesso. Può dunque verificarsi che tra il proprietario che si sia disinteressato del bene e che poi abbia commesso uno spoglio per recuperarlo e il possessore che lo ha subito, soltanto il secondo subito un pregiudizio risarcibile da mancato godimento della *res* (ancora cfr. *supra* Cap. III, par. 4.1.). Se però si sostenesse che alla lesione del possesso *sine titulo* attuata dal proprietario non possa conseguire una tutela risarcitoria definitiva – che quindi non sia destinata a cadere in sede di giudizio petitorio – si finirebbe per premettere la potenziale diversità che in concreto può sussistere tra danno alla proprietà e danno al possesso finendo per far prevalere *a priori* la situazione di diritto su quella di fatto.

La tesi secondo cui dalla lesione del possesso possano scaturire conseguenze pregiudizievoli assolutamente disomogenee rispetto alla lesione della proprietà – al punto da giustificare un'autonoma tutela risarcitoria del possesso – trova conferma proprio dalla considerazione delle possibili conseguenze non patrimoniali che derivano dalla lesione. Si pensi all'ipotesi di un possesso di bene immobile ad uso abitativo precedentemente abbandonato dal proprietario. Dallo spoglio derivano conseguenze pregiudizievoli non tanto sul piano patrimoniale quanto piuttosto su quello non patrimoniale, che interessano esclusivamente la persona del possessore spogliato. Se, infatti, la casa posseduta rappresenta l'unica soluzione abitativa del possessore e della sua famiglia, lo spoglio perpetrato dal proprietario inciderà direttamente sulla sfera personale del danneggiato prima ancora che sulle conseguenze patrimoniali derivanti dalla violazione. Limitarsi a riparare i danni patrimoniali

dell'illecito non porterebbe ad una riparazione integrale della lesione. Per tale ragione, anche al fine di valorizzare il particolare contenuto del danno al possesso, non ci sono motivi per escludere dalla risarcibilità i pregiudizi che il mancato godimento del bene ha arrecato alla persona del possessore, qualora l'esercizio del potere sul bene sia funzionale al soddisfacimento di un bisogno essenziale della persona come l'abitazione. Né a tale conclusione osta l'assenza di un titolo di appartenenza: se, infatti, come si detto, la carenza di un diritto sul bene limita le voci di danno patrimoniale risarcibile al solo mancato godimento, essa non rappresenta un ostacolo alla risarcibilità del danno non patrimoniale che deriva dall'interruzione di quel godimento. Ciò *a fortiori* una volta superata l'idea che il danno alla persona derivante della turbativa arrecata ai beni essenziali allo sviluppo della persona trovi unico fondamento nel carattere inviolabile della proprietà, quale situazione patrimoniale titolata.

### 3. La tutela dell'abitazione nel diritto dell'Unione europea

Volgendo lo sguardo verso l'ordinamento europeo, è possibile rinvenire numerose disposizioni che si occupano di proteggere e promuovere l'interesse abitativo. Per comprendere l'influenza che la tutela multilivello dei diritti umani ha nella protezione delle situazioni di fatto abitative è necessario fare innanzitutto chiarezza sul modo in cui il costituzionalismo europeo ha effetti nei vari settori del diritto civile.

Il diritto all'abitazione trova infatti un esplicito riconoscimento sia nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (artt. 7 e 34<sup>42</sup>) che nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (art. 8) e

---

<sup>42</sup> I due articoli hanno un contenuto assai diverso, dividendosi rispettivamente l'accezione civile e sociale del diritto all'abitazione. L'art. 7 riproduce il contenuto dell'art. 8 CEDU (cfr. *infra* par. 4.), e si concentra sulla tutela della casa intesa come domicilio di cui un soggetto già gode a vario titolo. Diversamente, l'art. 34 riconosce l'interesse abitativo in quanto prestazione di assistenza sociale volta «a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti». Per una generale ricostruzione del contenuto delle due disposizioni v. G. MARTINICO, *Art. 7 - Rispetto della vita privata e della vita familiare*, pp. 114–132 e G. ORLANDINI, W. CHIAROMONTE, *Art. 34 - Sicurezza sociale e assistenza sociale*, pp. 642–665, entrambi in R. MASTROIANNI ET AL. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano 2017.



nella Carta Sociale Europea (art. 31 del testo riveduto)<sup>43</sup>. Com'è noto, diverse sono le modalità di recepimento e di efficacia negli ordinamenti nazionali delle Carte europee, a seconda del settore del diritto privato specifico e del tipo di ordinamento sovranazionale – UE o Consiglio di Europa – che viene in considerazione nel caso di specie. Per procedere con ordine nella selezione delle fonti di maggiore impatto sistematico nell'ambito di indagine del presente lavoro, conviene quindi delimitare fin da subito le disposizioni che possono effettivamente dispiegare i loro effetti nelle controversie aventi ad oggetto i diritti reali e, in particolare, le situazioni di fatto.

Con specifico riguardo alla CDFUE, il problema attiene innanzitutto al riparto di competenze tra l'ordinamento nazionale e quello europeo e, poi, qualora la controversia rientri nelle materie di competenza dell'Unione europea, alla possibile efficacia diretta dei diritti fondamentali. Com'è noto, l'ambito di applicazione dei diritti fondamentali dell'Unione Europea è disciplinato all'art. 51 della CDFUE, il quale, da una parte, afferma che *«le disposizioni della presente Carta si applicano [...] pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione»* (1° comma) e, dall'altra, precisa che la stessa Carta *«non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati»*<sup>44</sup>. L'efficacia dei diritti fondamentali dell'Unione Europea viene quindi confinata all'interno del perimetro dettato dal principio di attribuzione (art. 5 TUE e art 7 TFUE) il quale non può subire alcuna modifica in senso espansivo da parte della Carta.

Inoltre, anche per quanto riguarda le materie di competenza dell'Unione, la giurisprudenza europea tende ad escludere un'applicazione dei diritti fondamentali che prescindano *in toto* dalla presenza di una disciplina direttamente efficace che possa dirsi attuativa della relativa competenza. Diversamente dalla tecnica di applicazione sperimentata per il principio di non discriminazione, in base alla quale è sufficiente che si rientri astrattamente nella competenza dell'Unione affinché il giudice ordinario possa disapplicare una disciplina incompatibile (cd. *abstract approach*), rispetto ai diritti fondamentali si è preferito sviluppare

---

<sup>43</sup> Per l'analisi delle disposizioni contenute nelle Carte internazionali che fanno capo al Consiglio di Europa, cfr. *infra* par. 4.

<sup>44</sup> In generale su art. 51, cfr. J. ZILLER, *Art. 51 - Ambito di applicazione*, in R. MASTROIANNI ET AL. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano 2017, pp. 1042–1059.

un approccio più restrittivo che consente di recepire il contenuto dei diritti fondamentali soltanto laddove sia ravvisabile una disciplina già di per sé dotata di immediata efficacia diretta, sia essa una legge nazionale attuativa o una norma di diritto europeo<sup>45</sup>. In questo modo, l'effetto di disapplicazione della disposizione eventualmente incompatibile non deriva direttamente dal diritto fondamentale ma dalla norma attuativa, che viene interpretata alla luce del primo.

Questa cauta impostazione, non sempre seguita dai giudici nazionali<sup>46</sup>, ma confermata dalla Corte di Giustizia<sup>47</sup>, taglia fuori dalla possibile applicabilità diretta del diritto all'abitazione *ex art. 7 CDFUE* la materia delle situazioni di appartenenza, sia di diritto che di fatto: non solo è impossibile ravvisare nei trattati o in altre fonti comunitarie una qualsivoglia forma di regolamentazione organica della proprietà o del possesso, ma anzi questa è espressamente lasciata – con specifico riguardo al diritto di proprietà – alla competenza esclusiva degli Stati membri dall'attuale art. 345 TFUE (già art. 295 TCE)<sup>48</sup>. Ciò non significa che tale riparto di competenze impedisca al diritto dell'Unione di

---

<sup>45</sup> Cfr. sul punto E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità*, Giappichelli, Torino 2017, pp. 91-4. Sulle diverse possibili modalità applicative dei diritti fondamentali dell'Unione Europea v. M. SAFJAN, *Fields of application of the Charter of Fundamental Rights and constitutional dialogues in the European Union*, in F. CAFAGGI, S. LAW (a cura di), *Judicial Cooperation in European Private Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA 2014, pp. 55 ss.

<sup>46</sup> Per un'analisi critica delle decisioni in cui il giudice italiano applica direttamente la Carta di Nizza, cfr. B. NASCIBENE, *Il principio di attribuzione e l'applicabilità della carta dei diritti fondamentali: l'orientamento della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1, 2015, pp. 49-78.

<sup>47</sup> Corte di Giustizia (Grande Sezione), 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson*, in particolare punto 19 per cui «i diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento giuridico dell'Unione si applicano in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, ma non al di fuori di esse». Sulla necessità che esista «un collegamento di una certa consistenza, che vada al di là dell'affinità tra le materie prese in considerazione o dell'influenza indirettamente esercitata da una materia sull'altra» affinché il giudice nazionale possa applicare i diritti fondamentali, cfr. Corte di Giustizia, 6 marzo 2014, C-206/13, *Siragusa c. Regione Sicilia – Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Palermo*, punti 24-5.

<sup>48</sup> Il disinteresse per questi istituti trova la sua ragion d'essere nella storica difficoltà di rinvenire un minimo comun denominatore tra i vari ordinamenti nazionali circa la loro definizione giuridica; cfr. M. TRIMARCHI, *Proprietà e diritto europeo*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2002, pp. 708 ss.; ID., *La proprietà europea*, in *Jus Civile*, 4, 2018, pp. 491-2; T. DALLA MASSARA, *Diritti dominicali e situazioni possessorie nel vecchio e nuovo diritto europeo*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 4, 2011, p. 9.

incidere indirettamente sulla regolamentazione delle situazioni di appartenenza, ma semmai che le disposizioni nazionali in materia di diritti reali e possesso non possano essere considerate attuative di un'autonomia e a sé stante competenza dell'Unione Europea a legiferare in tal senso. Di conseguenza, rispetto al problema specifico dell'efficacia dei diritti fondamentali nelle ipotesi di godimento fattuale, anche volendo sostenere, contrariamente alla tendenza della Corte di Giustizia, che la loro applicabilità diretta e orizzontale dipenda semplicemente dall'astratta rientranza della controversia in uno dei settori di competenza dell'Unione, di fronte ad una situazione di fatto non sarà possibile di regola invocare la tutela prevista dall'art. 7 della Carta.

Quanto detto trova conferma dall'analisi dei casi in cui il diritto all'abitazione *ex art. 7* della Carta ha assunto rilevanza ai fini della decisione. Due sono le tipologie di rapporti contrattuali che vengono in considerazione<sup>49</sup>: contratti stipulati da un consumatore per un prestito erogato da un ente professionale e garantiti da un'ipoteca sulla casa di abitazione<sup>50</sup> oppure contratti di locazione tra un proprietario professionista e un conduttore consumatore<sup>51</sup>. In tutte queste controversie, l'applicazione del diritto all'abitazione è stata possibile, innanzitutto, perché la materia rientrava nelle competenze dell'Unione Europea, vale a dire la tutela del consumatore. Inoltre, in quella ipotesi in cui l'art. 7 è stato esplicitamente menzionato dal giudice europeo (caso *Kušionová*), il giudizio aveva ad oggetto la compatibilità della disciplina nazionale con la direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. È quindi evidente che in un'ipotesi del genere il giudice dovrà interpretare il diritto dell'Unione e la legislazione attuativa alla luce del rispetto del diritto alla casa.

Fatta questa generale premessa sulle ridotte capacità operative dei diritti fondamentali della CDFUE rispetto alle situazioni di appartenenza, è possibile comunque scorgere all'interno degli argomenti della Corte di Giustizia l'emersione di una considerazione dell'interesse al

---

<sup>49</sup> J. W. RUTGERS, *The right to housing (Article 7 of the Charter) and unfair terms in general conditions*, in H. COLLINS (a cura di), *European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights*, Intersentia, Cambridge 2017, pp. 132-3.

<sup>50</sup> Corte di giustizia, 14 marzo 2013, C-415/11, *Aziç c. Catalunya Caixa*, in *Gazz. Uff. Unione Europea*, 18 maggio 2013; Corte di giustizia, 17 luglio 2014, C-169/14, *Sánchez Morcillo e Abril García c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*; Corte di giustizia, 10 settembre 2014, C-34/13, *Kušionová c. SMART Capital a.s.*; Corte di giustizia, 26 ottobre 2016, C-568/14, *Oliva c. CaixaBank SA*.

<sup>51</sup> Corte di giustizia, 30 maggio 2013, C-488/11, *Asbeek Brusse et al. c. Jahani BV*.

godimento abitativo che ne valorizzi il carattere di fattualità. Non è questa la sede per affrontare in maniera organica la rilevanza dell'art 7 della Carta nella disciplina consumeristica e delle clausole abusive. Si circoscriverà, dunque, l'indagine ad una decisione in particolare in cui gli argomenti della Corte di Giustizia fanno diretto riferimento al diritto all'abitazione e all'esigenza di valutare le situazioni familiari che sul bene oggetto del contratto si sono instaurate di fatto. Nella già menzionata decisione *Kušionová* – avente ad oggetto l'abusività di una clausola contrattuale che consente il recupero di un credito attraverso una procedura di esecuzione stragiudiziale sul bene immobile in garanzia – la Corte di Giustizia ha stabilito che, nel valutare la proporzionalità della misura adottata in sede giudiziale per rimuovere gli effetti della clausola abusiva, si deve tener conto della «*circostanza che il bene oggetto del procedimento di esecuzione stragiudiziale sulla garanzia di cui al procedimento principale è il bene immobile che costituisce l'abitazione della famiglia del consumatore. Infatti, la perdita dell'abitazione familiare non è solamente idonea a violare gravemente il diritto dei consumatori, ma pone i familiari del consumatore interessato in una situazione particolarmente delicata*». Rispetto ad altri precedenti, questa decisione è assolutamente innovativa non soltanto per l'esplicito richiamo all'art. 7 CDFUE ma anche per il riferimento alla famiglia del consumatore nella valutazione della proporzionalità: l'interesse abitativo assume rilevanza nel giudizio di proporzionalità non soltanto rispetto al consumatore che ha stipulato il contratto con il professionista, ma anche in relazione a soggetti – i suoi familiari – che su quel bene non vantano alcun titolo di appartenenza e che con il professionista non sono legati da alcun rapporto giuridico vincolante<sup>52</sup>.

Per comprendere come la necessità di tutelare la stabilità abitativa della famiglia del consumatore incida nel controllo giudiziale del contratto, è importante considerare quale sia l'oggetto della valutazione di proporzionalità da attuarsi nel rispetto dell'art. 7 CDFUE. A tal proposito è bene chiarire che nel presente giudizio la Corte di Giustizia non invochi il diritto all'abitazione per condizionare in senso più favorevole al consumatore il giudizio sull'abusività delle clausole contrattuali né per irrigidire la valutazione circa la compatibilità della normativa nazionale con il rispetto del principio di effettività della tutela, in base al quale le disposizioni processuali non devono rendere impossibile o

---

<sup>52</sup> Corte di giustizia, 10 settembre 2014, C-34/13, *Kušionová*, cit., punti 62-3. Cfr. R. A. ALBANESE, *Within the Public-Private Divide. Right to Housing and Consumer Law in Recent European Private Law Trends*, in *Global Jurist*, 2018, p. 8.

eccessivamente difficile l'applicazione del diritto dell'Unione. Nel giudizio *Kušionová*, infatti, la prima questione (giudizio di abusività) non era oggetto del rinvio pregiudiziale proposto alla Corte e la seconda (circa la rilevabilità della clausola nell'esecuzione stragiudiziale) è stata risolta dal giudice europeo senza far riferimento al diritto all'abitazione e, comunque, confermando la compatibilità della legislazione slovacca<sup>53</sup>.

In che modo, dunque, il diritto all'abitazione incide in via interpretativa sull'attuazione della direttiva 93/13/CEE? La disposizione che viene in considerazione è l'art. 7, par. 1, in base al quale gli Stati membri devono provvedere «*a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive*». Il significato immediato della disposizione – che emerge chiaramente dai successivi paragrafi dell'articolo – riguarda la necessità di predisporre a livello interno adeguati strumenti inibitori promossi nell'interesse collettivo da enti esponenziali. Tuttavia, come emerge in questa decisione, la Corte di Giustizia dà alla disposizione un'interpretazione più lata attraverso la quale la “cessazione” della clausola abusiva non riguarda soltanto la prassi commerciale ma anche il singolo contratto. L'art. 7, dir. 93/13, viene interpretata alla luce del generale principio di leale cooperazione (art. 4, par. 3, TUE) che impone agli Stati di adottare rimedi e sanzioni alle violazioni del diritto dell'UE. Tali misure, per giurisprudenza costante della Corte di Giustizia, devono avere un carattere *effettivo, dissuasivo e proporzionato* affinché possano perseguire efficacemente gli obiettivi dell'Unione. Nel caso di specie il diritto all'abitazione è stato richiamato in relazione alla valutazione di proporzionalità della misura di sospensione dell'esecuzione forzata dell'immobile ad uso abitativo: la proporzionalità evocata in questo caso non riguarda il rapporto tra lesione dell'interesse abitativo e tutela del credito del professionista – in modo analogo a come opera la proporzionalità in ambito CEDU (cfr. *infra* par. successivi) – ma ha ad oggetto la sospensione dell'esecuzione e la sua adeguatezza a sanzionare efficacemente l'apposizione della clausola abusiva. La Corte di Giustizia, infatti, qualificando, da una parte, il rimedio cautelare della sospensione in termini di “sanzione” all'apposizione di clausole

---

<sup>53</sup> Cfr. J. W. RUTGERS, *The right to housing (Article 7 of the Charter) and unfair terms in general conditions*, cit., p. 136, per cui «*there does not seem to be role for Article 7 with respect to the fairness test as included in Article 3(1) of the UTCD*». Si interroga in chiave prospettica sui riflessi del diritto all'abitazione sul requisito della buona fede oppure sulla valutazione di impossibilità pratica o eccessiva difficoltà, L. E. PERRIELLO, *La tutela dell'abitazione nel diritto europeo dei consumatori*, in *Il Foro Napoletano*, 1, 2018, pp. 146-8.

abusiva, e, dall'altra, facendo riferimento all'interesse abitativo nel giudizio di proporzionalità, introduce un'ambiguità circa la funzione che vuole imprimere allo strumento processuale oggetto della valutazione. Non è chiaro, in altri termini, se la sospensione debba fungere da strumento per contrastare una prassi commerciale scorretta, se al contrario abbia lo scopo di tutelare la stabilità abitativa oppure, ancora, se svolga entrambe queste funzioni. Ebbene, al fine di non svuotare di senso il richiamo al diritto all'abitazione pare ragionevole ritenere che, quantomeno, il potere/dovere del giudice di sospendere il processo esecutivo, oltre a sanzionare una prassi scorretta, dia autonoma rilevanza al bisogno abitativo che il bene oggetto dell'esecuzione in concreto soddisfa per i soggetti che lo vivono (siano essi parti oppure no del contratto).

Se, dunque, questo è il modo di operare della proporzionalità evocata dalla Corte di Lussemburgo, il richiamo all'art. 7 CDFUE e alle esigenze di soggetti estranei alla contrattazione (i familiari del consumatore) deve essere compreso nella sua effettiva portata operativa. Il problema non è quello di bilanciare i diritti contrattuali del professionista per evitare una lesione sproporzionata dei diritti della persona, ma di valutare se una volta rilevata la possibile illiceità del contratto – a prescindere da qualsiasi considerazione dell'interesse abitativo – lo strumento cautelare della sospensione dell'esecuzione forzata sia l'unico idoneo (*rectius* proporzionato) a sanzionare efficacemente l'apposizione della clausola abusiva, ponendo al riparo dai suoi effetti i soggetti che verrebbero pregiudicati da procedimento esecutivo, in attesa del giudizio di merito. In altri termini, il diritto all'abitazione condiziona l'intensità della misura processuale idonea a porre al riparo l'interessato dagli effetti dell'illiceità della clausola abusiva, in quanto la mera tutela risarcitoria che residuerebbe in assenza di una sospensione del procedimento esecutivo risulterebbe inadeguata in considerazione del bisogno abitativo che quel determinato bene è idoneo a soddisfare. Il conflitto generato dalla rivalità del bene viene risolto senza accontentarsi di una semplice riparazione per equivalente dell'interesse leso ma attraverso un apparato di tutele che consenta di non spezzare la stabilità abitativa degli interessati (cfr. *supra* par. 2.1.). In quest'ottica, il riferimento ai familiari del consumatore, se preso sul serio, assume un preciso significato che è quello di imporre al giudice l'adozione di meccanismi processuali che abbiano effetti "reali": la minore discrezionalità che lo Stato membro ha nel prevedere misure meno "dure" della sospensione della procedura di esecuzione forzata varia in considerazione non

soltanto dell'astratta destinazione d'uso abitativo del bene oggetto del contratto ma anche degli interessi abitativi di soggetti che non sono parte sostanziale del relativo contratto. Ebbene, nel procedimento esecutivo nazionale, il potere di sospensione del giudice dell'esecuzione si basa sulla sussistenza di gravi motivi la cui valutazione è lasciata alla sua piena discrezionalità (art. 624 c.p.c.), senza che nessuna disposizione gli imponga di tenere in seria e preminente considerazione il problema abitativo. L'efficacia dell'art. 7 CDFUE, come recepito dalla Corte di Lussemburgo, incide sul libero apprezzamento del giudice nazionale qualora il bene oggetto dell'esecuzione sia una prima casa non soltanto per l'esecutato ma anche per i suoi familiari: qualora la continuazione del procedimento finisse per tradursi in un grave pregiudizio alla stabilità abitativa degli interessati, il giudice sarebbe quindi obbligato a sospendere il procedimento. In tal modo, attraverso la correzione interpretativa dei presupposti per la sospensione dell'esecuzione, sarà possibile allinearsi all'indirizzo della Corte di Giustizia dando diretta rilevanza all'interesse abitativo protetto dalla Carta.

Infine, per completezza, non si può omettere di segnalare il rinvio che il giudice europeo fa nella sentenza *Kušionová* all'art. 8 CEDU e al relativo giudizio di proporzionalità. È bene fin da subito chiarire che la proporzionalità di cui al principio di leale cooperazione e quello contenuto nell'art. 8 non consentono alcuna sovrapposizione concettuale: il primo come si è detto guarda all'adeguatezza di una sanzione per rimuovere gli effetti di un comportamento antiggiuridico (*id est* l'apposizione della clausola abusiva) mentre il secondo introduce un bilanciamento tra interessi contrapposti, richiedendo che quello abitativo non venga sacrificato eccessivamente dall'esercizio di un potere o di una situazione giuridica formalmente legittima. Seppur come *obiter dictum*, l'accostamento ravvicinato nella motivazione di questi due diversi canoni di proporzionalità rischia di creare confusione nel momento in cui i concetti circolano nelle corti nazionali, senza che siano mantenute le opportune distinzioni, soprattutto sul piano operativo.

#### **4. Il diritto all'abitazione nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Il concetto di *home* ai sensi dell'art. 8 CEDU**

Una volta esplorata l'operatività del diritto all'abitazione nel contesto dell'Unione Europea ed averne circoscritto i limiti, è possibile

concentrarsi sull'altra importante fonte europea che riconosce e tutela il diritto all'abitazione, la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

L'art. 8 CEDU, com'è noto, ha un ambito di applicazione estremamente vasto in quanto identifica quattro fondamentali interessi in cui si compendia la protezione della persona sia come singolo che all'interno del proprio contesto familiare<sup>54</sup>: vita privata, vita familiare, corrispondenza e abitazione<sup>55</sup> sono riconosciute e protette dalla medesima disposizione e in base ad un unico parametro di valutazione della legittimità della loro interferenza. Il fatto di aver accostato la tutela dell'abitazione a quella di diritti tradizionalmente strutturati come delle libertà negative imprime al diritto un contenuto analogo che lo allontana dal significato proprio di un diritto sociale. Non deve quindi stupire se, rispetto alla nozione nazionale di diritto all'abitazione, la tutela riconosciuta dall'art. 8 CEDU abbia assunto – almeno in principio – una declinazione molto più vicina a un diritto civile, che attribuisce prevalenza alla protezione del singolo nella propria abitazione piuttosto che legittimare pretese di accesso in funzione redistributiva<sup>56</sup>. Questa attenzione marginale per l'accezione sociale del diritto alla casa deve essere necessariamente collocata nel momento storico in cui la Convenzione è stata approvata e nelle priorità che muovevano i suoi redattori: al tempo, infatti, l'attenzione per le condizioni abitative e per l'esigenza di impegnare gli Stati ad una politica sociale dell'abitazione non aveva ancora

---

<sup>54</sup> Per una panoramica generale del contenuto dell'articolo cfr. C. PITEA-L. TOMASI, *Art. 8 – Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, in S. BARTOLE ET AL. (a cura di) *Commentario breve alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, 2012, pp. 398 ss.; C. RUSSO, *Article 8*, in L.E. PETTITI, DECAUX E., IMBERT P.H. (a cura di), *La Convention européenne des droits de l'homme: commentaire article par article*, Economica, Paris 1995, pp. 305-321. Per una raccolta aggiornata della giurisprudenza COUNCIL OF EUROPE, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, 2019 [reperibile presso il sito <https://www.echr.coe.int> (Case-law – Case-law analysis – Case-law guides), ultimo aggiornamento 30 aprile 2019].

<sup>55</sup> Il testo italiano utilizza il termine *domicilio* in linea con il lemma *domicile* della traduzione ufficiale dal francese. Tuttavia, come si dirà a breve, per l'ampio significato attribuito alla nozione pare più congeniale allinearsi alla versione inglese che parla di *home* e, quindi, utilizzare i termini casa, alloggio, abitazione, ecc. In questo modo sarà possibile rimarcare già sul piano linguistico le differenze di significato tra la nozione di domicilio *ex art. 14 Cost.* e quella di abitazione *ex art. 8 CEDU*.

<sup>56</sup> F. BESTAGNO, *La dimensione sociale dell'abitazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale. Liber Fausto Pocar*, Giuffrè, Milano 2009, pp. 20-1.



raggiunto un sufficiente grado di maturazione<sup>57</sup>. Coerentemente, nonostante nelle prime decisioni si sia ammesso che l'abitazione rappresenti nelle società moderne un bene primario che «*occupa un posto centrale nelle politiche sociali ed economiche*»<sup>58</sup> e il cui soddisfacimento non deve essere lasciato «*interamente alle forze del mercato*»<sup>59</sup>, la Corte di Strasburgo non si è mai spinta ad affermare che da tale articolo possa ricavarsi un obbligo positivo in capo allo Stato di garantire a tutti un'abitazione dignitosa<sup>60</sup>.

Tuttavia, ciò non significa che l'art. 8 abbia un contenuto e una portata operativa sovrapponibile a quella dell'analogo corrispondente italiano, l'art. 14 della Costituzione. Innanzitutto, l'assenza di una definizione puntuale dei comportamenti statali soggetti alla limitazione costituzionale ha consentito al giudice europeo di espandere la protezione dell'interesse abitativo ben oltre le attività tipiche delle autorità di pubblica sicurezza (ispezioni, perquisizioni, sequestri) per abbracciare una concezione più ampia di *rispetto della casa* che non predetermina il tipo di ingerenza ma affida la sua individuazione a criteri aperti ed elastici. Inoltre, proprio il riconoscimento congiunto, attraverso la medesima disposizione, del valore della vita privata e di quella familiare permette un'interpretazione estensiva dell'abitazione quale bene strumentale non soltanto a garantire la riservatezza di chi vi abita, ma intesa come spazio essenziale per lo sviluppo personale e familiare<sup>61</sup>. Per tale ragione, l'art. 8 ha presto abbandonato la funzione di mera garanzia dagli abusi del potere di polizia per espandersi in altri ambiti dell'agire statale e, tramite la dottrina delle obbligazioni positive, anche nei confronti delle attività dei privati. Al contempo, come si vedrà, l'evoluzione interpretativa dell'art. 8 ha consentito di riscoprire anche l'anima sociale dell'interesse

---

<sup>57</sup> Tale cambio di sensibilità è confermato dal ritardo con cui il Consiglio di Europa ha provveduto a inserire la promozione del diritto all'alloggio nella Carta Sociale Europea: soltanto nel 1996, a seguito della sua revisione, è stato inserito l'art. 31 (Diritto all'abitazione) che impegna gli Stati a garantire attraverso misure attive «*l'effettivo esercizio del diritto all'abitazione*». V. ancora F. BESTAGNO, op. loc. ult. cit.

<sup>58</sup> Corte EDU, *Mellacher e altri c. Austria*, 19 dicembre 1989, par. 45.

<sup>59</sup> Corte EDU, *James e altri c. Regno Unito*, 21 febbraio 1986, par. 47.

<sup>60</sup> Corte EDU (Grande Camera), *Chapman c. Regno Unito*, 18 gennaio 2001.

<sup>61</sup> Sulla funzione espansiva svolta dal riferimento congiunto alla casa, alla vita privata e alla vita familiare, cfr. L. FOX O'MAHONY, *Conceptualising home: theories, laws and policies*, Hart Pub., Oxford, Portland, 2007, pp. 461-5, in particolare p. 461: «*it is useful to note that, since the rights that are protected in Article 8 are generally considered conjunctively, the relationship between the right to respect for home and the right to respect for family life is pertinent because it potentially broadens the scope of rights pertaining to 'home' beyond the idea of privacy simpliciter*».

abitativo, attraverso giudizi che attribuiscono maggior peso alla vulnerabilità dei ricorrenti.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione del diritto al rispetto della casa, è interessante mettere in luce come il concetto di *home* che la Corte di Strasburgo ha elaborato per selezionare le controversie rilevanti, prescinda completamente da qualsiasi considerazione circa il titolo giuridico che legittima l'attività di abitare del ricorrente. Attraverso il canone interpretativo delle nozioni autonome, la Corte EDU ha attribuito all'art. 8 un ambito di applicazione che non soltanto prescinda da qualsiasi qualificazione del diritto nazionale, ma che fonda il suo criterio di riconoscimento nel legame fattuale che intercorre tra l'interessato e l'abitazione: affinché si configuri una casa ai sensi dell'art. 8 è necessario che l'interessato abbia instaurato con essa un *sufficient and continuous link*, a prescindere dal fatto che l'insediamento abitativo sia stato stabilito legalmente<sup>62</sup>.

In modo analogo a quanto è accaduto rispetto all'interpretazione estensiva della nozione di bene *ex* art. 1, P-1, CEDU, anche quella di casa viene identificata senza aver riguardo alle qualificazioni legali degli Stati membri, con il risultato di ricomprendere nella protezione delle due disposizioni anche le situazioni di fatto. Tuttavia, l'autonomizzazione dei due concetti segue logiche differenti. Mentre per quanto riguarda la nozione di bene la rilevanza giuridica dell'interesse è ricavato dal suo valore economico – con le conseguenze già viste in termini di ampliamento (incontrollato) del raggio di applicazione della norma – la nozione di abitazione di cui all'art. 8 individua nel legame materiale tra soggetto e oggetto, in relazione alla specifica destinazione d'uso del bene-casa, il presupposto di applicazione della relativa tutela. Infatti, nelle decisioni in cui vengono protette situazioni di fatto, possessorie o

---

<sup>62</sup> È ormai indirizzo consolidato della Corte di Strasburgo che «*the concept of "home" within the meaning of Article 8 is not limited to premises which are lawfully occupied or which have been lawfully established. It is an autonomous concept which does not depend on classification under domestic law. Whether or not a particular premise constitutes a "home" which attracts the protection of Article 8 will depend on the factual circumstances, namely, the existence of sufficient and continuous links with a specific place*». Cfr. Corte EDU, *Winterstein e Altri c. Francia*, 17 ottobre 2013, par. 141; Corte EDU, *Orlić c. Croazia*, 21 giugno 2011, par. 54; Corte EDU, *McCann c. Regno Unito*, 13 agosto 2008, parr. 46 e 50: «*the loss of one's home is a most extreme form of interference with the right to respect for the homes*»; Corte EDU, *Prokopovitch c. Russia*, 18 novembre 2004, par. 36; Corte EDU, *Buckley c. Regno Unito*, 29 settembre 1996, parr. 52-54. Tra le prime pronunce in tal senso, Corte EDU, *Gillow c. Regno Unito*, 24 novembre 1986, par. 46; Commissione (Seduta Plenaria), *Wiggins c. Regno Unito*, 8 febbraio 1978.

precarie, per comprendere se si è di fronte ad una *home*, la Corte accerta che il godimento *de facto* sia sufficientemente consistente e stabile da rendere il suo oggetto, l'abitazione, essenziale per soddisfare un bisogno abitativo serio. Diversamente dal criterio del valore patrimoniale dell'interesse che individua il bene *ex art. 1, P-1*, inteso come *asset* avente un valore di mercato, gli elementi che individuano la presenza di un interesse abitativo tutelabile, all'opposto, possono essere apprezzati soltanto attraverso una considerazione del valore non patrimoniale che la casa assume per il ricorrente. Questa valutazione viene fatta alla luce delle circostanze fattuali complessive: non si tratta tanto di accertare un possesso, nel senso civilistico del termine, e quindi un potere manifestato in modo corrispondente ad un diritto reale patrimoniale, quanto di riscontrare che il ricorrente abbia considerato quell'abitazione come un bene imprescindibile per l'attuazione del suo programma di vita personale e familiare. A tal fine, assume rilevanza il fatto che il ricorrente non abbia intenzione di stabilire altrove la propria residenza e che, conseguentemente, abbia abbandonato altre soluzioni abitative per stabilirsi in quella determinata abitazione. Resta impregiudicata qualunque considerazione del valore commerciale della casa.

Questo diverso significato che il concetto di abitazione assume rispetto a quello di bene emerge soprattutto in quelle decisioni in cui gli *art. 8 e art. 1, P-1, CEDU* vengono invocati dal ricorrente per contrastare la medesima violazione. Mentre in alcuni casi (come, ad esempio, nel caso *Öneryıldız*<sup>63</sup>), l'ingerenza viene valutata così sproporzionata da violare entrambe le disposizioni, in altre ipotesi (*caso Ivanova e Cherkezov*<sup>64</sup>) la condotta dell'autorità statale non è tale da ritenere sproporzionata la lesione del bene inteso come entità economica ma al contempo da condannare quella stessa condotta come lesiva del diritto alla casa ai sensi dell'*art. 8 CEDU*.

In seguito all'adozione di questa nozione extralegale di abitazione, la Corte ha ritenuto ammissibili numerosi ricorsi in cui i ricorrenti lamentavano l'interferenza al proprio diritto al rispetto della casa, nonostante fosse venuto meno o addirittura fosse *ab origine* assente un

---

<sup>63</sup> Corte EDU, 18 giugno 2002, *Öneryıldız c. Turchia*; Corte EDU (Grande Camera), 30 novembre 2004, *Öneryıldız c. Turchia*. Cfr. supra Cap. III, par. 3.

<sup>64</sup> Corte EDU, *Ivanova e Cherkezov c. Bulgaria*, 21 aprile 2016, riguardante l'ordine di demolizione di un immobile costruito senza permesso e abitato da una coppia di cui soltanto un partner possedeva un titolo di appartenenza. V. anche Corte EDU, *Sharxhi e altri c. Albania*, 11 gennaio 2018.

titolo giuridico di legittimazione della sua disponibilità<sup>65</sup>: occupazione a lungo termine di una casa appartenente a un parente (*caso Mentesh*<sup>66</sup>); detenzione *sine titulo* di una casa in locazione a nome di un'altra persona o in ragione di un rapporto di convivenza con il *partner* titolare del diritto (reale o personale) sul bene (*caso Prokopovitch, Korelc*<sup>67</sup>, *Ivanova e Cherkov, Yevgeniy Zakharov*<sup>68</sup>); occupazione di una casa popolare dopo la scadenza del rapporto di assegnazione secondo il diritto interno (*caso McCann*); occupazione abusive di lungo periodo, individuali e collettive (*caso Brežec*<sup>69</sup>, *Buckley, Winterstein, Yordanova*<sup>70</sup>, *Bagdonavicius*<sup>71</sup>). Inoltre, anche rispetto alla tipologia di abitazione, la Corte ha dato spazio a forme di alloggio non convenzionali: rientrano infatti nella nozione di casa meritevole di protezione gli alloggi precari e instabili come roulotte, case mobili, bungalow, baracche (*caso Chapman e Önerildiz*).

Affermare la completa autonomia del diritto al rispetto della casa dalla situazione patrimoniale di appartenenza del bene non significa proteggere in modo assoluto la posizione del ricorrente. Il bilanciamento del diritto all'abitare con i contrapposti interessi sia privati che pubblici viene affidato al giudizio di legalità e proporzionalità regolato dal 2° comma dell'art. 8 CEDU<sup>72</sup>. Tale valutazione è inevitabilmente condizionata dal grado di sicurezza giuridica che il ricorrente può vantare rispetto alla propria abitazione. Con particolare riferimento alle

---

<sup>65</sup> Le varie ipotesi rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 8 CEDU sono riportate in COUNCIL OF EUROPE, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, 2019, cit., pp. 70-71.

<sup>66</sup> Corte EDU, *Mentes e altri c. Turchia*, 28 novembre 1997.

<sup>67</sup> Corte EDU, *Korelc c. Slovenia*, 12 maggio 2009.

<sup>68</sup> Corte EDU, *Yevgeniy Zakharov c. Russia*, 14 marzo 2017, in cui si è riconosciuta la esplicita violazione dell'art. 8 a seguito di uno sfratto del convivente del conduttore di un alloggio popolare condiviso con altri inquilini in assenza di disponibilità di alloggi alternativi.

<sup>69</sup> Corte EDU, *Brežec c. Croazia*, 18 luglio 2013.

<sup>70</sup> Corte EDU, *Yordanova e altri c. Bulgaria*, 24 aprile 2012. Cfr. il commento di A. REMICHE, *Yordanova and Others v Bulgaria: The Influence of the Social Right to Adequate Housing on the Interpretation of the Civil Right to Respect for One's Home*, in *Human Rights Law Review*, n. 12, 4, 2012, pp. 787-800.

<sup>71</sup> Corte EDU, *Bagdonavicius e altri c. Russia*, 11 ottobre 2016, in *European Human Rights Law Review*, 2017, pp. 85 ss.

<sup>72</sup> Il secondo comma, art. 8, CEDU stabilisce infatti che «Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

occupazioni *sine titulo*, infatti, la Corte ha più volte precisato che il test di proporzionalità dell'estromissione da parte dello Stato ai danni del ricorrente è fortemente condizionato dal fatto che questi abbia stabilito illegalmente la propria abitazione<sup>73</sup>, in quanto la violazione comporta un pregiudizio ai legittimi interessi degli altri consociati. Tale circostanza, però, non paralizza l'operatività del giudizio di legittimità e proporzionalità ma condiziona internamente l'equilibrio del suo bilanciamento rendendo la posizione dell'abitante abusivo "meno forte" rispetto a quella di chi può vantare un titolo legalmente riconosciuto.

La sensibilità della Corte EDU per un'idea marcatamente personalista di abitazione ha influito anche nell'estensione della protezione a forme di ingerenza diverse dalla privazione del bene, fino ad includere le violazioni immateriali che incidono sull'*habitat* e sulla salubrità dell'ambiente circostante. Sul presupposto che la casa rappresenti non soltanto uno spazio fisico e un valore commerciale ma anche il luogo in cui l'individuo svolge la propria vita privata e familiare, il diritto al rispetto della propria casa deve essere inteso «*non solo come diritto ad un semplice spazio fisico, ma anche come quello al godimento in tutta tranquillità, di tale spazio. Le violazioni del diritto al rispetto al domicilio non riguardano solo le violazioni materiali o corporali, quali l'ingresso non autorizzato nell'abitazione di una persona, ma anche le violazioni immateriali o incorporeali, i rumori, le emissioni e altre ingerenze*»<sup>74</sup>. Le fattispecie più frequenti a cui fa riferimento la Corte attraverso questa estensione della tutela dell'abitare riguardano ipotesi di immissioni di rumore, odore e sostanze inquinanti ma può essere generalizzato alle forme di compressione del godimento abitativo che non si concretizzano in una perdita del bene, come ad esempio le molestie possessorie. Si ritiene, infatti, che le molestie di fatto rappresentino una fattispecie più ampia all'interno della quale sono riconducibili le ipotesi di immissioni, le quali, se eccedenti la normale

---

<sup>73</sup> Già in Corte EDU (Grande Camera), *Chapman c. Regno Unito*, cit., par.102 la Corte afferma che «*if the home was lawfully established, this factor would self-evidently be something which would weigh against the legitimacy of requiring the individual to move. Conversely, if the establishment of the home in a particular place was unlawful, the position of the individual objecting to an order to move is less strong. The Court will be slow to grant protection to those who, in conscious defiance of the prohibitions of the law, establish a home on an environmentally protected site. For the Court to do otherwise would be to encourage illegal action to the detriment of the protection of the environmental rights of other people in the community*».

<sup>74</sup> Corte EDU, *Giacomelli c. Italia*, 2 novembre 2006, par. 76, in *Il Foro amministrativo - CdS*, 2006, 10, p. 2683 ss.; Corte EDU, *Moreno Gómez c. Spagna*, 16 November 2004, par. 53; Corte EDU, *Hatton e altri c. Regno Unito*, 8 luglio 2003, par. 96.

tollerabilità, consentono l'esperibilità dell'azione di manutenzione (art. 1170 c.c.)<sup>75</sup>. Anche la Corte di Strasburgo non si pone il problema di fare una distinzione tra immissione e molestia unificando entrambi i tipi di condotta in ragione del medesimo grado di offensività che queste provocano alla tranquillità abitativa del ricorrente (cfr. *infra* par. 5.1.).

#### **4.1. Il giudizio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo: a) garanzie procedurali**

Quando il diritto al rispetto della casa trova applicazione, la valutazione sulla legittimità dell'ingerenza statale è soggetta ai parametri normativi del 2° comma, art. 8, CEDU che richiede che l'interferenza statale a) sia “prevista dalla legge”, b) persegua “scopi legittimi” quali la sicurezza nazionale, la pubblica sicurezza, il benessere economico del paese, la difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui e, infine, c) costituisca una misura «*necessaria in una società democratica*». Rispetto alle ipotesi di occupazione illegittima, generalmente non vengono in considerazione i primi due presupposti – *sub a) e b)* – posto che la rimozione della situazione di abusivismo corrisponde sul piano formale ad una prerogativa legalmente attribuita all'autorità statale e che la sua esecuzione risulta – salvo casi eccezionali – giustificata dal perseguimento di uno scopo astrattamente rispondente all'interesse pubblico. Il momento centrale del giudizio diventa quindi il test di proporzionalità dell'ingerenza rispetto all'obiettivo da realizzare che introduce una regola di bilanciamento molto rigorosa: rispetto ad altre formule – ragionevole, equo, giusto – il requisito della necessità evocato dal parametro *sub c)* richiede che l'interferenza con il diritto del singolo sia motivata da un bisogno sociale pressante<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> In dottrina cfr. R. CATERINA, R. SACCO, *Il possesso*, cit., pp. 265 ss. In giurisprudenza v. Cass. civ., 23 marzo 1996, n. 2604, in *Mass. Giur. It.*, 1996; Procura Ascoli Piceno, 8 novembre 1991.

<sup>76</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, cit., pp. 11–2. Il parametro della necessità è più rigoroso di quello del giusto equilibrio richiesto dall'art. 1, P-1, CEDU per le interferenze al diritto di proprietà. Tale diversità si ripercuote sul diverso margine di apprezzamento lasciato agli Stati quando vengono in considerazione i due diritti (p. 18). Per un'analisi del contenuto dei diversi standards del test di proporzionalità cfr. J. GERARDS, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge University Press 2019, pp. 229 ss.

Per comprendere come operi in concreto il bilanciamento tra scopo legittimo perseguito e diritto alla casa dell'individuo è opportuno preliminarmente considerare quale sia il margine di apprezzamento di cui gli Stati membri dispongono rispetto a quelle forme di ingerenza che comportano una privazione dell'abitazione. Com'è noto, la dottrina del margine di apprezzamento serve a regolare il riparto di competenza tra potere politico/giudiziario nazionale e Corte EDU nella valutazione circa il rispetto dei diritti protetti dalla Convenzione<sup>77</sup>: sulla base di un principio di sussidiarietà tra giurisdizioni, le valutazioni di opportunità circa il perseguimento di obiettivi di interesse pubblico viene affidata allo Stato membro in quanto soggetto istituzionalmente più vicino al caso concreto («*better placed*»<sup>78</sup>) e, quindi, dotato di maggiore capacità decisionali rispetto al giudice europeo. Viceversa, la Corte interpreta la Convenzione e giudica se le scelte operate dagli Stati ed il modo in cui vengono attuate siano compatibili con le disposizioni della CEDU. Il margine di apprezzamento riservato agli Stati membri non è un confine fisso e immutabile in quanto, da una parte, la sua ampiezza dipende dal grado di consenso tra gli Stati membri circa il contenuto delle nozioni che indicano le specifiche finalità per le quali è ammessa una limitazione del diritto (come ad esempio il concetto di morale che è incluso tra gli scopi legittimi) e, dall'altro, è influenzato dalla tipo e dalla gravità dell'ingerenza che nel caso concreto incide sul singolo diritto inviolabile.

---

<sup>77</sup> S. GREER, *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention of Human Rights*, Conseil de l'Europe, Strasbourg 2000; R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 74, 1991, pp. 571–614, in particolare p. 595. In realtà, la dottrina del margine di apprezzamento si è prestata ad un'applicazione ambivalente, come viene messo in luce da G. LETSAS, *Two Concepts of the Margin of Appreciation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 26, 4, 2006, pp. 705–732, che distingue tra un *substantive concept* e un *structural concept* di margine di apprezzamento. Il primo incide direttamente sul giudizio di proporzionalità lasciando maggior spazio allo Stato di comprimere il diritto fondamentale in ragione del perseguimento di politiche sociali (p. 707 ss.), mentre il secondo attiene al riparto istituzionale tra Corti nazionali e Corte EDU circa la competenza a sindacare il comportamento dell'autorità pubblica sulla base di un principio di sussidiarietà (p. 720 ss.).

<sup>78</sup> Cfr. Corte EDU, *Maurice c. Francia*, 6 ottobre 2005, par. 117; Corte EDU, *Dubská and Krejzová c. Repubblica Ceca*, 15 novembre 2016, par. 175-9; Corte EDU, *Yordanova e altri c. Bulgaria*, cit., par. 118: «*a margin of appreciation must be left to the national authorities, who by reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions*».

Così, anche per quanto riguarda il rispetto della vita privata e familiare, in linea di principio agli Stati è lasciata una certa discrezionalità nel valutare se il perseguimento di un determinato obiettivo sociale o economico sia sufficiente e pertinente rispetto al tipo di ingerenza che lo Stato realizza nei confronti dell'abitante. In questi casi, la Corte EDU non potrà sindacare nel merito delle singole scelte politiche prese a livello locale ma soltanto sanzionare le ipotesi in cui la valutazione statale è viziata da errori manifesti di valutazione. Tuttavia, quando è in gioco la perdita dell'abitazione – che è considerata la più grave forma di minaccia al diritto di cui all'art. 8 in ragione delle inevitabili ripercussioni che tale ingerenza ha sull'identità della sua persona e autodeterminazione, sulla sua integrità fisica e morale, sul mantenimento delle relazioni sociali nonché sulla stabilità e sicurezza della sua posizione in seno alla società – il margine di apprezzamento concesso agli Stati è molto più ristretto<sup>79</sup>: la necessità di sindacare le scelte degli Stati diventa molto più pressante e di conseguenza giustifica un controllo sul rispetto della proporzionalità ben più penetrante rispetto a forme minori di compressione del diritto al rispetto della casa. In altri termini, quando è a rischio la perdita dell'abitazione, non importa se legalmente stabilita, il requisito della *necessity* riduce sensibilmente il grado di discrezionalità di cui lo Stato membro dispone.

Questa limitazione del potere decisionale statale viene però attuata dalla Corte pur sempre nel rispetto della necessaria sussidiarietà sottesa alla dottrina del margine di apprezzamento, attraverso l'introduzione di una serie di cautele procedurali che lo Stato stesso deve mettere in atto per consentire che il giudizio di proporzionalità trovi applicazione nella giurisdizione nazionale. Sul presupposto che gli Stati sono i soggetti *better placed* per effettuare il bilanciamento tra lo scopo legittimo perseguito e il diritto inviolabile leso, la Corte EDU non avoca a sé il potere di decidere sul requisito della necessità (e quindi sulla proporzionalità dell'ingerenza) ma impone agli Stati di predisporre un meccanismo procedimentale (amministrativo e giudiziario) che già a livello di diritto interno consenta al singolo di lamentare la lesione del suo diritto, secondo i presupposti di cui all'art. 8 CEDU. Così, si afferma che il ricorrente debba poter disporre della garanzia che un tribunale indipendente esamini la lamentata violazione del requisito della proporzionalità applicando direttamente i criteri di bilanciamento elaborati a livello giurisprudenziale dalla Corte di Strasburgo, attraverso un

---

<sup>79</sup> V. Corte EDU, *Connors c. Regno Unito*, 27 maggio 2004, parr. 81-2.



giudizio a cognizione piena (né sommario né in via esecutiva). Inoltre, affinché il cittadino sia messo nella piena capacità di ricorrere al controllo giurisdizionale, l'autorità amministrativa deve attuare il provvedimento di espulsione attraverso un procedimento il più possibile corretto e trasparente accompagnato da una esauriente motivazione a sostegno della necessità dello sfratto. In questo modo, il ricorrente sarà in grado di impugnare il provvedimento per difetto di proporzionalità e ottenere, se del caso, un giudizio imparziale da parte delle corti interne<sup>80</sup>. Si precisa, infine, che il difetto di proporzionalità una volta rispettato l'obbligo di trasparenza imposto all'amministrazione pubblica non è rilevabile d'ufficio da parte del giudice ma deve essere sollevato dal ricorrente affinché il tribunale sia obbligato ad esaminare la questione.

Questo prontuario di istruzioni procedurali rappresenta lo strumento attraverso il quale lo Stato può recuperare il proprio margine di apprezzamento nei casi in cui l'ingerenza statale comporta una perdita dell'abitazione. Viceversa, senza l'implementazione a livello interno di un parametro normativo direttamente applicabile che attribuisca al giudice nazionale il potere di giudicare della proporzionalità, l'art. 8 CEDU risulterà di per sé violato, a prescindere dall'accertamento effettivo di uno squilibrio sostanziale nel caso concreto. È interessante notare che la mancata applicazione delle garanzie procedurali avrebbe potuto portare ad un risultato differente, vale a dire quello di consentire alla Corte di ampliare la propria cognizione circa la violazione della proporzionalità. Invece, in numerose pronunce<sup>81</sup>, il giudice europeo – mantenendo ferma l'idea che alcune valutazioni di opportunità politica devono restare di appannaggio esclusivo degli Stati membri – ha preferito affermare la necessità che gli Stati si facciano carico in prima persona di applicare l'articolo 8 CEDU. Il risultato di questa impostazione è che l'assenza delle suddette garanzie procedurali comporti *ex se* un difetto di proporzionalità e, quindi, la violazione del rispetto al diritto

---

<sup>80</sup> Cfr. sul punto P. KENNA, *Introduction*, in P. KENNA, NASARRE-AZNAR S., SPARKES P., SCHMID C. U. (a cura di), *Loss of homes and evictions across europe: a comparative legal and policy examination*, Edward Elgar Pub, Northampton, 2018, pp. 1-65, in particolare p. 34.

<sup>81</sup> Corte EDU, *Connors c. Regno Unito*, cit.; Corte EDU, *McCann c. Regno Unito*, cit.; Corte EDU, *Čosić c. Croazia*, 05 giugno 2009; Corte EDU, *Kay e altri c. Regno Unito*, 22 dicembre 2010; Corte EDU, *Ivanova e Cherkezov c. Bulgaria*, cit. In tutti questi casi la Corte non ha giudicato sul piano sostanziale il rispetto della proporzionalità, ritenendo violato l'art. 8 CEDU per il solo mancato rispetto delle garanzie procedurali.

alla casa senza che la Corte valuti in concreto se in base alle circostanze del caso la privazione dell'abitazione fosse giustificata in termini di proporzionalità.

#### 4.2. (segue) b) garanzie sostanziali

Soltanto in alcune più recenti decisioni (i già citati *casi Yordanova e Winterstein*), la Corte di Strasburgo non si è limitata a condannare lo Stato per il *deficit* sul piano procedurale ma ha provveduto a integrare la propria motivazione con una serie di direttive generali riguardanti il contenuto sostanziale del giudizio di proporzionalità. Sono state così compendiate le circostanze di fatto rilevanti per decidere della necessità dell'ingerenza che si sono stratificate nelle numerose decisioni aventi ad oggetto i procedimenti di espulsione dalla casa posti in essere dall'autorità pubblica. Tali indicazioni rappresentano i criteri guida che la giurisdizione nazionale dovrebbe osservare per applicare direttamente il principio di proporzionalità *ex art. 8 CEDU*.

Innanzitutto, come si è già accennato, la circostanza che l'abitazione sia stata stabilita originariamente in modo legale condiziona il giudizio di proporzionalità risultando favorite le posizioni di chi può vantare (almeno in principio) un titolo che legittima la sua appartenenza. Tuttavia, il mero fatto dell'illegalità dell'occupazione da solo non basta a concludere per una assoluta negazione della meritevolezza di tutela della posizione dell'abitante abusivo. In particolare, rispetto alle ipotesi di occupazione illegittima assume rilevanza, ai fini dell'applicabilità della disposizione e del giudizio di proporzionalità, il fatto che la situazione di abusivismo venga di fatto tollerata dall'autorità statale. Come si è visto, questo tipo di ragionamento è stato sviluppato anche nelle pronunce riguardanti il diritto al rispetto dei beni *ex art. 1, P-1, CEDU*, al fine di fondare una legittima aspettativa del ricorrente rispetto al bene oggetto del suo godimento di fatto. Rispetto all'articolo 8 CEDU, però, l'argomento della tolleranza non viene richiamato come un comportamento idoneo a fondare un affidamento del possessore, quanto piuttosto per la sua idoneità a consentire, attraverso il ritardo della reazione statale, l'instaurarsi di un legame personale tra l'abitazione e i ricorrenti. La tolleranza non contribuisce ad alimentare una situazione di incertezza circa la legittimità dell'uso del bene, ma più semplicemente determina passivamente l'instaurarsi di quel legame

“continuo e sufficiente” che ai sensi dell’art. 8 CEDU corrisponde alla nozione di abitazione<sup>82</sup>.

Per quanto la sicurezza giuridica del ricorrente sprovvisto di titolo legale sia meno forte, l’ordine di espulsione può comunque risultare sproporzionato, soprattutto in quelle ipotesi in cui la situazione di inerzia statale ha consentito l’instaurazione di una comunità consistente di persone all’interno del medesimo spazio, la quale ad avviso della Corte merita maggiore protezione rispetto allo sfratto di singoli occupanti, in quanto attraverso la rottura del legame sociale con la propria comunità di riferimento l’individuo non perde soltanto la casa ma subisce ripercussioni più gravi e generali sulla sua vita privata e familiare. Il fatto che l’ingerenza sia indirizzata ad un’intera comunità assume particolare rilevanza in quei casi in cui l’occupazione riguarda gruppi vulnerabili appartenenti a minoranze protette (in particolare, rom e nomadi) il cui riconoscimento implica di rispettare le specificità del loro stile di vita e dei loro bisogni socio-genici soprattutto al momento in cui si pone in atto l’espulsione.

Più in generale si afferma che l’autorità statale nell’attuare la misura lesiva dell’altrui abitazione deve tenere di conto della condizione di debolezza sociale delle persone che la subiscono e del rischio concreto che dalla sua esecuzione possa conseguire una condizione di grave esclusione abitativa (“*homelessness*”)<sup>83</sup>. Il fatto che nel procedimento amministrativo statale e nell’eventuale giudizio non si tenga di conto di tali fattori e, in definitiva, del rischio di diventare senzatetto è sufficiente a ritenere l’art. 8 CEDU violato. Di fronte a questo rischio, la Corte soppesa con maggior rigore la posizione dello Stato, dando rilevanza ai comportamenti tenuti dall’autorità statale e a quelli che questa avrebbe potuto tenere in alternativa alla più drastica misura dell’espulsione. Così, da una parte, vengono in considerazione i comportamenti in concreto tenuti dall’autorità, prima e dopo l’esecuzione dell’espulsione, per realizzare effettivamente il piano urbanistico o l’opera in cui si concretizza lo scopo di interesse generale perseguito: in

---

<sup>82</sup> Corte EDU, *Yordanova e altri c. Bulgaria*, cit., par. 121: «*while the unlawful occupants cannot claim any legitimate expectation to remain, the authorities’ inactivity has resulted in the applicants’ developing strong links with Batalova Vodenitsa and building a community life there. The principle of proportionality requires that such situations, where a whole community and a long period are concerned, be treated as being entirely different from routine cases of removal of an individual from unlawfully occupied property*». V. anche Corte EDU, *Winterstein e Altri c. Francia*, cit., par. 150.

<sup>83</sup> Corte EDU, *Yordanova e altri c. Bulgaria*, cit., par. 126.

questo modo la Corte verifica se l'interesse generale che è alla base della misura abbia rappresentato soltanto un pretesto per legittimarla e non un reale obiettivo dell'autorità. Dall'altra, si guarda in chiave prospettica alla possibilità di perseguire il medesimo scopo legittimo attraverso l'esecuzione di misure alternative non così afflittive per il diritto all'abitazione del singolo. La misura ablativa del diritto al rispetto dell'abitazione deve essere l'unico mezzo (o comunque quello più efficace) per perseguire un serio e attuale obiettivo di interesse generale.

L'ultimo e più condizionante criterio di valutazione della proporzionalità dell'interferenza riguarda lo sforzo che l'amministrazione dimostra di aver compiuto per fornire un alloggio alternativo alle persone lese dallo sfratto e a rischio di esclusione abitativa<sup>84</sup>. Non si tratta, come la Corte ha sempre cura di ricordare, di un generalizzato obbligo positivo di fornire l'abitazione a chiunque ne abbia in astratto bisogno. Tuttavia, di fronte ad eccezionali circostanze di emarginazione, è necessario che l'amministrazione impieghi delle misure effettive per cercare di ricollocare adeguatamente i destinatari dell'espulsione, essendo inammissibile che una misura attuata dallo Stato, per quanto legale e astrattamente giustificata nei suoi fini, rappresenti la diretta causa dell'esclusione sociale del ricorrente.

Riassumendo, la Corte richiede agli Stati che il rischio per gli abitanti di diventare senzatetto venga preso seriamente in considerazione in due differenti momenti del procedimento da cui deriva l'ordine di espulsione: in primo luogo, in sede di valutazione della misura effettivamente più idonea e necessaria a perseguire lo scopo legittimo, spronando lo Stato a cercare di prediligere misure altrettanto efficaci ma che non implicino la privazione dell'abitazione; in secondo luogo, nel momento dell'attuazione dello sfratto forzoso, richiedendo allo Stato lo sforzo di ricercare soluzioni abitative idonee ad evitare che si verifichi il rischio di grave esclusione abitativa<sup>85</sup>.

Questo complesso di criteri guida viene sviluppato dalla Corte di Strasburgo per dettare alle giurisdizioni interne il modo in cui debba essere svolta la valutazione di proporzionalità dell'ingerenza.

---

<sup>84</sup> Il peso cruciale nel giudizio di proporzionalità che assume l'impegno dello Stato di trovare un alloggio alternativo per i ricorrenti non emerge per la prima volta nel caso *Yordanova*. Questa circostanza viene richiamata già in Corte EDU, *Tuleshov e altri c. Russia*, 24 maggio 2007, par. 53; Corte EDU, *Stanková c. Slovacchia*, 9 ottobre 2007, par. 60; Corte EDU, *Gladysheva c. Russia*, 6 dicembre 2011, par. 96.

<sup>85</sup> A. REMICHE, *Yordanova and Others v Bulgaria: The Influence of the Social Right to Adequate Housing on the Interpretation of the Civil Right to Respect for One's Home*, cit., p. 796.

Attraverso la mediazione della garanzia procedurale, dunque, la Corte non impone direttamente di attuare l'obbligo positivo di garantire l'alloggio, ma affida agli Stati il compito di dimostrare che in sede amministrativa o giurisdizionale il rischio di *homelessness* sia stato preso in seria e concreta considerazione, valutando la possibilità di esperire un'azione amministrativa meno forte oppure di agire *ex post* attraverso un aiuto ai soggetti espulsi per l'accesso ad un alloggio sostitutivo.

Questa giurisprudenza è stata sviluppata riguardo a contesti di grave vulnerabilità e, in particolare, agli sfratti coinvolgenti gruppi appartenenti a minoranze deboli la cui protezione giustifica un dovere particolarmente forte da parte dello Stato<sup>86</sup>. Tuttavia, come dimostrano in numerosi casi di ricorsi individuali accolti per difetto di proporzionalità, ciò non implica che tale valutazione, intesa nella sua duplice accezione di garanzia procedurale e sostanziale, resti confinata all'interno di ipotesi così particolari, ma anzi che la vulnerabilità socioeconomica e il rischio di diventare senzatetto vengono accertati in concreto da parte della Corte a prescindere dalla particolare categoria di soggetti coinvolti.

#### **4.3. (segue) il contenuto sociale nel test di proporzionalità**

La Corte non esplicita però quale sia il contenuto effettivo dello sforzo che l'amministrazione deve ottemperare affinché lo sfratto possa ritenersi legittimo per il diritto della CEDU. Più in particolare, la necessità evocata dalla Corte di Strasburgo che l'autorità statale si ponga il problema dell'esclusione abitativa e che l'apparato giurisdizionale valuti la legittimità di tale scelta rischia di restare confinata su un piano esclusivamente formale se non si chiarisce il grado di priorità che tale parametro assume rispetto ai contrapposti obiettivi politici che lo Stato intende realizzare. Se, infatti, ci si limitasse a ritenere sufficiente che le autorità nazionali dimostrino di aver valutato, nella procedura che porta all'adozione di un provvedimento di sfratto, il rischio di esclusione abitativa – a prescindere da come in concreto tale valutazione sia avvenuta – senza che sia necessario viceversa un impegno positivo in tal senso, il meccanismo della garanzia procedurale finirebbe per ottenere il risultato controproducente di svuotare la precettività

---

<sup>86</sup> Per una casistica completa dei casi riguardanti le minoranze nomadi cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, cit., pp. 75–6.

dell'art. 8 CEDU. È quindi necessario tentare di individuare il contenuto obbligatorio che il giudizio di proporzionalità ricostruito dalla Corte ha nei confronti dello Stato.

Al fine di comprendere a pieno la natura dell'obbligo di trovare alloggi alternativi nel giudizio di proporzionalità dell'ingerenza è opportuno considerare il legame tra il diritto al rispetto della casa di cui all'art. 8 CEDU e il diritto sociale all'abitazione adeguata riconosciuto dal Consiglio d'Europa all'art. 31 della Carta Sociale Europea Riveduta (da ora in poi soltanto CESR), inserito nel 1996 proprio in sede di revisione del testo convenzionale<sup>87</sup>. Questa lettura coordinata delle due disposizioni assume particolare rilevanza dal momento che, dai casi *Yordanova e Winterstein* in poi, la Corte EDU ha cominciato a menzionare la CESR, nonché le decisioni della Comitato Europeo dei Diritti Sociali (d'ora in poi CEDS)<sup>88</sup> in materia di sfratti forzosi. Sebbene sia relegato alla sezione della sentenza dedicata all'elenco degli atti internazionali rilevanti per la decisione del caso concreto e non venga quindi utilizzato direttamente per motivare la valutazione della proporzionalità, il riferimento al parametro normativo che evoca il contenuto sociale del diritto all'abitazione merita di non essere minimizzato. In particolare, il richiamo all'art. 31 CESR che disciplina il diritto sociale all'abitazione e impegna gli Stati a garantire l'accesso ad un'abitazione di livello adeguato appare particolarmente significativo se messo in connessione con la necessità di valutare il rischio di *homelessness*<sup>89</sup>. Il rinvio, infatti, consente di coniugare quanto affermato in termini generali dalla Corte circa l'impossibilità di rinvenire nell'art. 8 CEDU un obbligo positivo di fornire un alloggio e l'apparente opposta necessità di valutare nel test di proporzionalità della medesima disposizione se l'autorità statale si sia impegnata nella ricerca di sistemazioni alternative per le vittime dell'espulsione forzata a rischio di grave esclusione abitativa.

---

<sup>87</sup> L'art. 31 della CESR stabilisce che «*With a view to ensuring the effective exercise of the right to housing, the Parties undertake to take measures designed: (1) to promote access to housing of an adequate standard; (2) to prevent and reduce homelessness with a view to its gradual elimination; and (3) to make the price of housing accessible to those without adequate resources.*».

<sup>88</sup> In particolare, il caso *Yordanova* è il primo in cui viene richiamata la decisione del CEDS, *European Roma Rights Center (ERRC) c. Bulgaria*, 18 ottobre 2006 (reperibile alla banca dati <https://hudoc.esc.coe.int/>).

<sup>89</sup> Corte EDU, *Yordanova e altri c. Bulgaria*, cit., par. 130: «*[even if] article 8 does not in terms give a right to be provided with a home and, accordingly, any positive obligation to house the homeless must be limited. However, an obligation to secure shelter to particularly vulnerable individuals may flow from Article 8 of the Convention in exceptional cases.*».

L'art. 31 CSER, infatti, impegna gli Stati ad assumere concrete obbligazioni di risultato, da una parte, per promuovere l'accesso al diritto all'abitazione (1° comma) e, dall'altra, per prevenire e ridurre il fenomeno dei senzatetto<sup>90</sup>. Questo duplice impegno si concretizza in misure positive imposte allo Stato al momento dell'esecuzione di uno sfratto quali la necessità di garantire regole certe che definiscano quando una casa possa dirsi illegalmente occupata e una serie di modalità attuative volte a imporre all'autorità statale di informarsi della capacità degli interessati di trovare autonomamente una soluzione alternativa e di garantire la dignità della persona nella fase esecutiva<sup>91</sup>. Quando le condizioni di vulnerabilità socioeconomica delle persone interessate sono tali da far emergere un rischio concreto che le persone non trovino da sole altra soluzione, lo Stato ha l'obbligo di attivarsi per inserire l'interessato all'interno di un procedimento di *housing* sociale e di trovargli *medio tempore* un riparo temporaneo adeguato<sup>92</sup>. In sostanza, l'obbligo positivo di fornire un alloggio – che non è configurabile in base all'art. 8 CEDU nella sua applicazione generalizzata – si concretizza quando, in conseguenza di uno sfratto attuato dall'autorità, la particolare debolezza dei soggetti coinvolti rende serio il rischio di esclusione sociale. Se, quindi, da una parte, non è possibile concepire una diretta giustiziabilità del dovere di fornire un alloggio, in quanto l'obbligazione in capo allo Stato è condizionata dalle capacità finanziarie di cui esso dispone, di fronte ad un'occupazione illegittima la reazione statale è

---

<sup>90</sup> Sul contenuto dell'art. 31 CSER e sul “dinamismo interpretativo” del CEDS v. G. GUIGLIA, *Il diritto all'abitazione nella Carta sociale europea: a proposito di una recente condanna dell'Italia da parte del Comitato europeo dei diritti sociali*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione dei Costituzionalisti Italiani*, 3, 2011, p. 3 ss. Sul obbligo di risultato che discenderebbe dall'applicazione dell'art. 31, v. G. MARCHETTI, *La tutela del diritto all'abitazione tra Europa, Stato e Regioni e nella prospettiva del Pilaastro europeo dei diritti sociali*, in *Federalismi.it*, 4, 2018, pp. 184–218, in particolare pp. 190 ss.

<sup>91</sup> Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Digest of the case law of the European Committee of Social Rights*, 2018, p. 228 (consultabile al sito <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/-/new-version-of-the-digest-of-the-case-law-of-the-european-committee-of-social-rights>, ultima consultazione 23 giugno 2019): «*Legal protection for persons threatened by eviction must include, in particular, an obligation to consult the parties affected in order to find alternative solutions to eviction and the obligation to fix a reasonable notice period before eviction. When evictions do take place, they must be carried out under conditions which respect the dignity of the persons concerned. The law must prohibit evictions carried out at night or during the winter periods.*».

<sup>92</sup> In particolare, CEDS, *European Roma Rights Center (ERRC) c. Bulgaria*, cit., par. 52, «*States Parties must make sure that evictions are justified and are carried out in conditions that respect the dignity of the persons concerned, and that alternative accommodation is available.*».

altrettanto condizionata nella sua proporzionalità dal fatto di aver effettivamente impiegato le risorse a disposizione per evitare la forma di ingerenza più grave del diritto al rispetto dell'abitazione. D'altra parte, sarebbe contraddittorio sostenere che, dopo aver tollerato per un periodo considerevole di tempo la situazione di illegalità (consentendo così l'instaurarsi di un legame personale tra il bene e l'individuo), al momento in cui intende perseguire obiettivi di interesse generale che implicano una compressione dei diritti fondamentali, lo Stato possa liberamente impiegare le proprie risorse senza sforzarsi di farsi carico dei costi necessari alla salvaguardia di tali diritti. In altri termini, un conto è dire che a prescindere dalle disponibilità economiche debba sempre essere fornito un alloggio a chi non può permetterselo, un altro è ritenere che lo Stato sia obbligato in tal senso nel momento in cui la sua stessa azione lede direttamente il diritto alla casa, provocando un serio rischio di *homelessness*.

## **5. Proiezione orizzontale dell'art. 8 CEDU e conflitto con l'art. 1, Prot. 1 CEDU**

Ciò che rappresenta un elemento di discriminazione importante per l'applicazione del giudizio di proporzionalità è la natura pubblica o privata dell'interesse che giustifica l'esecuzione dello sfratto. In linea di massima, infatti, i limiti imposti dall'art. 8 CEDU riguardano soltanto le ipotesi in cui lo sfratto ha ad oggetto una proprietà pubblica e viene quindi eseguito per motivi di interesse generale.

In qualche occasione, invero, i giudizi della Corte di Strasburgo hanno coinvolto anche immobili di proprietà privata. Anche tra queste è necessario fare le opportune distinzioni per evitare di dare un significato esorbitante alle condanne riguardanti sfratti aventi ad oggetto una proprietà *privatizzata*: l'immobile, originariamente destinato ad *housing* sociale da parte dell'autorità pubblica, è stato oggetto di successiva privatizzazione e conseguente trasformazione del servizio in un'attività commerciale privata (*caso Brežec*). In tale ipotesi, l'esercizio dell'ordine di rilascio del bene da parte del privato è stato considerato alla stregua di un'ingerenza realizzata da parte del soggetto pubblico. Questa esclusione, invero, si spiega più che altro per l'esigenza di impedire che il mutamento di titolarità pregiudichi la posizione del ricorrente in un contesto generale in cui il *welfare* pubblico è sottoposto a una sempre più frequente e intensa attività di dismissione. Per la sua specificità,



quindi, il caso non può essere generalizzato a tutte le ipotesi di sfratto nell'interesse di un proprietario privato. Analoga equiparazione tra proprietà pubblica e privata si ha quando il servizio di *social housing* è erogato da un ente privato con l'aiuto di finanziamenti pubblici: anche qui l'estensione sul piano soggettivo è giustificata dall'esigenza di impedire che l'applicabilità dell'art. 8 CEDU venga elusa attraverso lo spostamento formale del servizio dal settore pubblico a quello privato, quando l'onere economico è comunque sopportato, almeno in parte, dallo Stato.

Inoltre, l'applicabilità dell'art. 8 CEDU non viene esclusa in ragione della mera *natura privata* del bene su cui insiste l'ingerenza ma piuttosto dal fatto che il provvedimento ablativo venga eseguito *nell'interesse* di un privato. La distinzione – che può sembrare sottile – emerge chiaramente in quei giudizi in cui l'ingerenza ha avuto ad oggetto insediamenti abitativi situati su terreni privati ma è stata portata avanti su iniziativa della pubblica amministrazione nel perseguimento di un interesse pubblico. In tale ipotesi – ad esempio il caso *Winterstein*<sup>93</sup> – non assume rilevanza il fatto che il terreno sia di proprietà di un privato ma soltanto che l'ordine di espulsione sia perseguito in funzione di attuazione di una politica pubblica.

Diversamente, quando è un individuo ad agire nel proprio interesse per la restituzione di un bene di cui è legittimo proprietario, la Corte esclude di regola l'applicabilità diretta dell'art. 8 CEDU nei rapporti orizzontali. Si è infatti ritenuto infondato o inammissibile<sup>94</sup> il ricorso avente ad oggetto la mancata valutazione della proporzionalità di uno sfratto derivante dalla cessazione di un contratto di locazione oppure da un procedimento esecutivo sulla casa data in garanzia ad un ente bancario per la concessione di un mutuo. Due sono gli elementi considerati determinanti per escludere la trasposizione pura e semplice nei rapporti tra privati delle regole procedurali e sostanziali elaborate dalla Corte: da un lato, la natura privata dell'interesse fatto valere dalla controparte, e dall'altro, il fatto che l'ordine di sfratto trovi il suo fondamento in un contratto (di locazione o di mutuo) volontariamente

---

<sup>93</sup> La rilevanza del caso *Winterstein* sotto il profilo della natura privata della proprietà del bene è messa in luce da F. TULKENS, *The contribution of the European Convention on Human Rights to the poverty issue in times of crisis*, European Court of Human Rights, Strasbourg, Human Rights Building 2015, p. 17.

<sup>94</sup> Corte EDU, *Vrzić c. Croazia*, 12 luglio 2016 (infondato); Corte EDU, Commissione, *J. P. c. Francia*, 23 gennaio 1996; Corte EDU, *F.J.M. c. Regno Unito*, 29 novembre 2018; Corte EDU, *Belchikova c. Russia*, 25 marzo 2010 (inammissibili).

sottoscritto dal ricorrente, il quale ha dunque accettato consapevolmente il rischio di poter in futuro perdere la propria abitazione<sup>95</sup>. Sia sul fronte del diritto di proprietà privata che su quello contrattuale, la Corte ribadisce che nessuna applicazione dei diritti della Convenzione può consentire un diretto bilanciamento tra contrapposti interessi privati che sia tale da impedire al proprietario di tornare nel possesso della propria abitazione, né tantomeno di sovvertire un regolamento di interessi liberamente assunto dalle parti a livello contrattuale. La preoccupazione principale circa la possibilità di valutare la proporzionalità dello sfratto per finita locazione (o di analogo ordine di esecuzione fondato su un titolo contrattuale siglato dalle parti) è quella dell'impatto dell'efficacia orizzontale sul mercato immobiliare<sup>96</sup>: se si ammettesse che un contratto debba continuare ad essere eseguito oltre il termine temporale che è stato liberamente previsto, il corretto funzionamento del mercato immobiliare sarebbe irrimediabilmente pregiudicato, in quanto verrebbe a mancare la certezza del rapporto contrattuale.

La chiusura manifestata dalla Corte di Strasburgo nell'applicare *sic et simpliciter* l'apparato di garanzie dell'art. 8 ai casi di proprietà privata non deve stupire, in quanto è coerente con la natura stessa della Convenzione quale accordo internazionale che impegna *in primis* gli Stati al rispetto dei diritti umani, senza istituire analoghi doveri direttamente in capo ai privati. Il corollario di questa caratteristica strutturale dei diritti riconosciuti dalla CEDU è che il soggetto pubblico, in quanto unico destinatario degli obblighi negativi e positivi che sono imposti dal rispetto dei diritti, potrà essere giudicato tanto per le ingerenze direttamente realizzate quanto per le violazioni del rispetto del diritto all'abitare originate dalla condotta di soggetti privati (v. *infra*). Viceversa, quando a far valere un interesse proprietario ai danni dell'altrui esigenza abitativa è il privato, lo strumentario normativo offerto dalla Convenzione non consente di imporre a quest'ultimo direttamente il dovere

---

<sup>95</sup> Corte EDU, *Vrzić c. Croazia*, cit., par. 67-8, secondo cui «*the situation in the present case is different inasmuch as the other parties in the enforcement proceedings were either [a private person or private enterprises] ... the approach in such cases is somewhat different and that a measure prescribed by law with the purpose of protecting the rights of others may be seen as necessary in a democratic society [...] the applicants voluntarily used their home as collateral for their loan*».

<sup>96</sup> In particolare, v. Corte EDU, *F.J.M. c. Regno Unito*, cit., par. 43: «*a tenant entering into an assured shorthold tenancy agrees to the terms [...] under which it could be brought to an end and if, once it comes to an end, he or she could require a court to conduct a proportionality assessment before making a possession order, the resulting impact on the private rental sector would be wholly unpredictable and potentially very damaging*».

realizzare il bisogno abitativo dell'interessato. Di conseguenza, se la questione viene impostata nei termini di puro conflitto tra abitazione e proprietà privata o autonomia contrattuale, nessun diritto riconosciuto dall'ordinamento CEDU può imporre ad altri privati oneri talmente eccessivi da costituire una negazione dei loro diritti patrimoniali, i quali trovano anch'essi un riconoscimento all'interno della Convenzione all'art. 1, P-1.

Ciò vale sicuramente qualora il legislatore non abbia provveduto a introdurre in una disciplina volta a rafforzare la stabilità abitativa, per cui la limitazione delle contrapposte prerogative patrimoniali potrebbe derivare soltanto da un'applicazione diretta delle garanzie sostanziali di cui all'art. 8 CEDU (v. *infra* par. 6).

Quando, invece, è il legislatore ad intervenire per perseguire finalità di giustizia sociale abitativa, la compressione dell'altrui interesse patrimoniale è possibile soltanto all'interno di un ben preciso perimetro di ragionevolezza e certezza giuridica. Come dimostra il filone giurisprudenziale che negli anni Novanta ha giudicato della compatibilità della legislazione italiana in materia di sospensione, rinvio o scaglionamento dell'esecuzione degli sfratti, quando il soddisfacimento dell'interesse abitativo incide sui diritti dei terzi, la sua protezione non può essere indiscriminata. Rispetto a una legislazione che si proponeva di intervenire per attenuare le tensioni sociali che sarebbero potute derivare da esecuzioni in massa degli sfratti – in un contesto di incapacità del mercato abitativo di riassorbire in altro modo i soggetti esclusi – è stata lamentata la lesione del diritto al rispetto della proprietà *ex* art. 1, Prot. 1, CEDU a causa dell'eccessivo sacrificio imposto al proprietario-locatore.

Nonostante l'energica protezione garantita alla proprietà dalla Convenzione (cfr. *supra* Cap. III, par. 3.), la Corte non ha abbandonato la logica del bilanciamento e del giusto equilibrio tra interesse generale e diritti individuali affermando, almeno in astratto, che una regolamentazione all'uso dei beni come quella introdotta dalla legislazione in esame può ritenersi legittima nei limiti di un *ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito*, la cui valutazione è comunque lasciata in parte alla discrezionalità statale. Può quindi essere utile riferirsi a questa giurisprudenza per evidenziare il punto di equilibrio (formale e materiale) tra interessi contrapposti fissato dal Giudice di Strasburgo.

In un primo gruppo di decisioni la Corte di Strasburgo ha fissato il discrimine sulla legittimità della legislazione di sospensione degli sfratti guardando alle contrapposte esigenze delle parti in conflitto e, in particolare, alle ragioni del locatore poste a fondamento della procedura esecutiva: di fronte a uno sfratto motivato da una dichiarata ragione di urgente necessità del locatore (quale, la necessità di abitare direttamente nell'alloggio) oppure dal mancato pagamento dei canoni, il ritardo nell'esecuzione rappresenta un sacrificio sproporzionato al diritto di proprietà<sup>97</sup>; al contrario, nei casi di sfratto per finita locazione<sup>98</sup>, il ritardo dell'esecuzione può essere giustificato da una considerazione più attenta alle condizioni socio-economiche dei conduttori<sup>99</sup>.

A distanza di qualche anno<sup>100</sup>, la Corte è tornata a pronunciarsi sulla questione, per precisare ulteriormente, anche per le ipotesi di sfratto per finita locazione, i limiti della legittimità della proroga. Senza smentire la precedente posizione, la Corte fissa alcuni criteri per la corretta ponderazione dei contrapposti interessi: vengono in rilievo il prolungato stato di incertezza in cui sono lasciati i locatori, l'impossibilità per questi di rivolgersi ad un tribunale indipendente che esamini nel tempo della sospensione le contrapposte condizioni patrimoniali o familiari delle parti (la cui competenza era del Prefetto), la natura di persona fisica o giuridica del locatore, la oggettiva situazione di bisogno abitativo del conduttore e, infine, l'assenza di intervento da parte dell'autorità pubblica nel trovare alloggi alternativi al conduttore a rischio di esclusione abitativa<sup>101</sup>.

Se, quindi, questa giurisprudenza da una parte conferma la difficoltà di proiettare nel conflitto orizzontale le garanzie di cui all'art. 8

---

<sup>97</sup> Cfr. Corte EDU, *Scollo c. Italia*, 28 settembre 1995, par. 38-40.

<sup>98</sup> V. Corte EDU, *Spadea e Scalabrino c. Italia*, 28 settembre 1995, par. 41.

<sup>99</sup> Così S. GRANATA, *Sfratti: monito della Corte europea all'Italia*, in *Corriere giuridico*, 1999, pp. 1347 ss.

<sup>100</sup> Corte EDU, *Immobiliare Saffi c. Italia*, 28 luglio 1999, par. 49. Vedi anche Corte EDU, *Ghidoni c. Italia*, 21 febbraio 2002, par. 25; Corte EDU, *Sorrentino Prota c. Italia*, 29 gennaio 2004, par. 56; Corte EDU, *Bellini c. Italia*, 29 gennaio 2004; Corte EDU, *Fossi and Mignolli c. Italia*, 4 marzo 2004.

<sup>101</sup> Cfr. la giurisprudenza citata in nota precedente e i rilievi di E. BARGELLI, *Costituzionalizzazione del diritto privato e diritto all'abitazione. Dal diritto interno alla Cedu e alla Corte di Giustizia e ritorno*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Drittwirkung e principio di effettività nelle discipline di settore Bioetica. Diritti sociali. Alimentazione*, Giappichelli 2017, p. 99, la quale dal confronto della giurisprudenza individua in circa quattro anni la durata ragionevole massima di sospensione dello sfratto; S. GRANATA, *Sfratti: monito della Corte europea all'Italia*, cit.

CEDU, dall'altra, non porta a concludere per un'assoluta cedevolezza del diritto all'abitazione di fronte alla garanzia convenzionale dei diritti patrimoniali privati. Invero, più che di imporre una impropria inversione della gerarchia assiologica dei diritti individuali protetti (personali e patrimoniali), la Corte cerca di fissare dei limiti certi e prevedibili alla conformazione della proprietà abitativa, senza eludere attraverso un onere sproporzionato per il proprietario privato il necessario coinvolgimento dello Stato della risoluzione dei problemi di giustizia sociale<sup>102</sup>. In altri termini, quello che risulta sproporzionato non è in sé la limitazione o sospensione dell'effettivo esercizio delle facoltà dominicali, quanto la sua assoluta imprevedibilità o l'incertezza nella sua durata<sup>103</sup>. Peraltro, il contenuto innovativo di questo indirizzo è stato fortemente ridimensionato dalle recenti precisazioni circa le tecniche di riparazione imposte allo Stato a seguito delle sentenze di condanna: la Corte ha ravvisato un rimedio effettivo alla violazione dell'art 1, Prot. 1, per quanto riguarda la riparazione dei danni materiali, nell'articolo 1591 c.c. nonché, ai fini dell'indennizzo dell'eccessiva durata della procedura, nel ricorso previsto dalla legge n. 89 del 2001 (c.d. legge Pinto)<sup>104</sup>. Queste misure di matrice meramente compensativa, insieme alla modifica ad opera della legge n. 431/1998 che ha spostato dal Prefetto all'autorità giudiziaria il potere di sospensione dell'esecuzione dello sfratto,

---

<sup>102</sup> E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità*, Giappichelli, Torino 2017, pp. 140-1, per cui «il problema non va impostato in termini di tradimento della gerarchia assiologica tra diritto patrimoniale e diritto personale all'abitazione, ma in termini di corretto governo della giustizia distributiva. Lo stato non può spostare in toto quelli che sono suoi obblighi di giustizia distributiva su chi casualmente si trova ad aver dato in locazione l'immobile a soggetti socialmente deboli, con il rischio che il mercato finisca per estromettere tali soggetti. Al contrario, lo Stato ha l'obbligo di favorire l'accesso di chi è socialmente debole al mercato locatizio e deve farlo non alimentando la contrapposizione rispetto ai locatori, bensì tramite articolate strategie».

<sup>103</sup> La Corte si occupa quindi di saggiare la legittimità dell'intervento attraverso «un metro formale di giudizio che fa capo al principio di legalità e alla necessaria coerenza del sistema», M. R. MARELLA, *Diritto di proprietà e CEDU fra realismo e ideologia*, in U. MATTEI, A. CANDIAN, B. POZZO, A. MONTI, C. MARCHETTI (a cura di), *Studi in onore di Antonio Gambaro: un giurista di successo*, Giuffrè, Milano 2017, p. 753.

<sup>104</sup> Corte EDU, *Comellini c. Italia*, 9 febbraio 2006; Corte EDU, *Otello de Luca c. Italia*, 9 febbraio 2006; Corte EDU, *Mazzei c. Italia*, 6 aprile 2006; Corte EDU, *Magherini c. Italia*, 1° giugno 2006; Corte EDU, *Mosconi c. Italia*, 1° giugno 2006; Corte EDU, *Cincci c. Italia*, 1° giugno 2006. Tale indirizzo è stato avallato anche dall'organo competente per l'esecuzione, il Comitato dei Ministri, che con la risoluzione (2007)84 del 20 giugno 2007 ha deliberato che il complesso di misure adottate dall'Italia è idoneo a riparare le violazioni contestate.

confermano che, nel rispetto delle suddette garanzie procedurali e sostanziali dei locatori, una misura limitativa della proprietà in funzione di una più energica tutela dell'interesse abitativo sia conforme al sistema CEDU.

### 5.1. Obblighi positivi nella casistica dell'art. 8 CEDU

La diversa applicazione delle garanzie convenzionali al soggetto pubblico e a quello privato trova uno specifico coordinamento in quelle pronunce che sviluppano, proprio in relazione all'art. 8 CEDU, la cd. teoria degli obblighi positivi, attraverso la quale la Corte EDU ha proiettato i doveri di protezione nascenti dai diritti fondamentali anche rispetto a ingerenze causate non dal comportamento statale ma da quello di terzi privati. La teoria delle obbligazioni positive rappresenta il superamento dell'idea che la protezione dei diritti inviolabili si limiti ad imporre allo Stato soltanto un obbligo di astensione da illecite e sproporzionate ingerenze della libertà individuale<sup>105</sup>. In base a tale presupposto teorico, gli obblighi positivi vengono definiti dalla dottrina costituzionale come doveri in capo allo Stato derivanti dalla garanzia costituzionale dei diritti fondamentali che impongono l'adozione di misure positive per proteggere la persona da interferenze esterne<sup>106</sup>. A differenza delle tradizionali obbligazioni negative, la violazione alla CEDU si sostanzia in un comportamento passivo, un'inerzia, che può essere sia giuridica (mancata adozione di una previsione di legge o interpretazione restrittiva di una disposizione) oppure materiale (inerzia dell'autorità amministrativa nel tenere un determinato comportamento a protezione del singolo). Anche le misure richieste agli Stati possono essere dettate in modo più o meno puntuale – lasciando così allo Stato una diversa discrezionalità nell'adeguamento – e variare nel contenuto (sostanziale o procedurale) in relazione al tipo di diritto fondamentale che viene in considerazione.

---

<sup>105</sup> S. FREDMAN, *Human Rights Transformed: Positive Duties and Positive Rights*, in *Oxford Legal Research Paper Series*, 38, 2006, pp. 498-520.

<sup>106</sup> Per un'analisi comparata del concetto di obblighi positivi nella CEDU e in alcuni ordinamenti costituzionali nazionali (Germania, Svizzera e Stati Uniti), cfr. S. BESSON, *Les obligations positives de protection des droits fondamentaux*, in *Revue de droit suisse*, n. 1, 2003, pp. 49-96; J.-F. AKANDJI-KOMBE, *Positive obligations under the European convention on human rights*, in *Human rights handbook*, 7, 2007, pp. 34-5; J. GERARDS, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, cit., pp. 108 ss.

Prima di approfondire l'analisi di alcune decisioni della giurisprudenza di Strasburgo in cui la teoria degli obblighi positivi assume rilevanza per le situazioni di fatto abitative<sup>107</sup>, è opportuno chiarire in che termini questa si differenzi rispetto all'efficacia orizzontale dei diritti inviolabili. Se, infatti, entrambi i concetti evocano in astratto l'idea che il pieno riconoscimento dei diritti inviolabili implichi una protezione generalizzata anche rispetto alle azioni dei privati, ben diverse sono le conseguenze che ne derivano per quanto riguarda i destinatari dei doveri di protezione dell'altrui diritto umano. Quando, infatti, si afferma l'efficacia orizzontale dei principi costituzionali si chiama in gioco direttamente le regole di diritto privato e la necessità che queste si conformino al rispetto dei diritti umani (cd. costituzionalizzazione del diritto privato), attraverso l'imposizione diretta ai privati di doveri di protezione di soggetti che a seguito di un'applicazione neutra delle regole privatistiche subirebbero una compressione irragionevole o sproporzionata della loro sfera personale. Viceversa, con la dottrina degli obblighi positivi la strategia di implementazione dei diritti umani è completamente ribaltata: il destinatario del dovere di protezione è unicamente lo Stato, il quale, oltre ad astenersi dalle ingerenze, deve altresì evitare un comportamento omissivo che leda i diritti inviolabili della persona. Il mancato adempimento di questi obblighi, anche a seguito di lesioni poste in essere da altri privati, genera una responsabilità soltanto in capo all'attore pubblico (cd. privatizzazione dei rapporti costituzionali). Queste due tecniche, quindi, si differenziano in modo netto per quanto riguarda gli effetti che hanno sull'ordinamento interno, perché seguono due diverse strategie di politica del diritto: da una parte, la protezione viene affidata all'intermediazione legislativa e, dall'altra, all'attribuzione di specifici doveri direttamente in capo ai consociati, nei limiti di quanto a questi può essere ragionevolmente richiesto per la protezione dei diritti umani di altri consociati.

In realtà, come si è visto, il contenuto *positivo* per lo Stato delle pronunce della Corte EDU va ben oltre la dimensione dei rapporti orizzontali. Quando si parla della dottrina degli obblighi positivi elaborata dalla prima dottrina costituzionale si intende generalmente riferirsi a quelle pronunce che valutano l'omissione statale in relazione al suo

---

<sup>107</sup> Per una rassegna delle prime decisioni in cui la Corte EDU ha applicato la teoria in relazione al diritto al rispetto dell'abitazione v. P. KENNA, *Housing rights: positive duties and enforceable rights at the European Court of Human Rights*, in *European Human Rights Law Review*, n. 13, 2, 2008, pp. 193–208.

dovere di protezione del singolo da aggressioni e interferenze causate dalle azioni di soggetti terzi o da eventi naturali. Invece, rispetto all'art. 8 CEDU, la Corte di Strasburgo evoca la sussistenza di precisi doveri statali anche per imporre allo Stato di dotarsi di un preciso apparato procedurale per garantire l'applicazione del giudizio di proporzionalità. In altri casi ancora, l'adempimento di doveri positivi viene considerata *un elemento* del giudizio di proporzionalità dell'ingerenza attuata dallo Stato, che se non accompagnata da tali misure positive di protezione (come ad es. la fornitura di un alloggio alternativo) rischia di risultare sproporzionata, in quanto eccessivamente lesiva della persona del ricorrente (cfr. *supra* par. 4.2.). In questi ultimi due casi, non vengono in considerazione aggressioni di privati o eventi naturali lesivi del diritto fondamentale, ma ingerenze dello Stato<sup>108</sup>. Rispetto all'art. 8, quindi, la Corte di Strasburgo si avvale dello strumento degli obblighi positivi in un'accezione molto vasta che ricomprende oltre al tradizionale dovere statale di difesa del diritto fondamentale da lesioni provenienti dai soggetti terzi anche quello di protezione della persona nell'esecuzione di misure limitative dei suoi diritti da parte dello stesso Stato e di implementazione delle garanzie procedurali che consentano di controllare a livello di diritto interno la proporzionalità dell'azione statale.

Fatte queste necessarie premesse, sarà possibile comprendere con maggiore chiarezza la portata e lo specifico contenuto degli obblighi positivi che la Corte di Strasburgo fa derivare dal diritto al rispetto della casa *ex art. 8 CEDU* e come questi incidano sulla protezione delle situazioni di fatto abitative.

Un gruppo consistente di giudizi che chiamano in causa gli obblighi positivi ha ad oggetto la condanna dello Stato per la lesione del rispetto della vita privata e familiare cagionata da immissioni inquinanti<sup>109</sup>. Com'è noto, la CEDU non contiene disposizioni esplicite a

---

<sup>108</sup> Le garanzie sostanziali evocate nei casi *Yordanova e Winterstein*, come si è detto, si traducono in obblighi positivi per lo Stato di evitare che il ricorrente resti privo di abitazione. In tal senso v. H. S. MORENO, *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la vivencia en relación al derecho español*, in *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, 16, 2014, pp. 162–187, in particolare pp. 165-70.

<sup>109</sup> Inizialmente queste violazioni sono state ricondotte genericamente al rispetto della vita privata e familiare (cfr. Corte EDU, *Lopez Ostra c. Spagna*, 9 dicembre 1994, in *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, 2006, 2, p. 322 ss.; Corte EDU, *Guerra e altri c. Italia*, 19 febbraio 1998). In sentenze successive si afferma che il diritto violato è il rispetto della casa, cfr. (Corte EDU, *Moreno Gómez c. Spagna*, 16 novembre 2004, par. 53; Corte EDU, *Oliuñ c. Croazia*, 20 maggio 2010; CEDU, *Deés c. Ungheria*, 9 novembre



tutela dell'ambiente. Il rispetto del godimento abitativo di cui all'art. 8 ha costituito però una tecnica di indiretto riconoscimento dell'interesse ambientale, nelle ipotesi in cui – pur in assenza di un danno alla salute accertato in concreto – l'attività inquinante vada a pregiudicare la vita privata e familiare del ricorrente nonché il pieno godimento del proprio spazio abitativo. In questi casi, la condotta lesiva dell'altrui sfera personale viene realizzata da soggetti privati nell'esercizio di attività imprenditoriali inquinanti. Il giudizio di proporzionalità dell'ingerenza non viene applicato direttamente bilanciando i contrapposti interessi privati, analogamente allo schema normativo dell'art. 844 c.c., ma attraverso la mediazione dell'obbligo che la Convenzione impone al soggetto pubblico: non è il privato con la propria attività immissiva a porre in essere la violazione ma lo Stato che nella mancata adozione di misure – legislative o amministrative – protettive della sfera individuale permette il perpetrarsi di una violazione sproporzionata rispetto al giovamento che da quell'attività dovrebbe derivare per l'intera collettività<sup>110</sup>. Analogamente, la Corte ha esteso la protezione anche ad ipotesi estranee alla definizione di immissione *ex art 844 c.c.*, riguardanti l'omissione dell'autorità nel proteggere adeguatamente il ricorrente da atti di molestia di fatto compiuti da terzi<sup>111</sup> (cfr. *supra* par. 4.).

Un altro giudizio in cui la Corte ha utilizzato implicitamente l'obbligazione positiva riguarda il rispetto dell'art. 8 CEDU in combinato disposto con l'art. 14 CEDU, che sancisce il divieto di discriminazione nel riconoscimento dei diritti della Convenzione<sup>112</sup>: la questione ha ad

---

2010, par. 21). Questa giurisprudenza, come si è detto, è stata esplicitamente richiamata dalla Corte di Cassazione italiana per ritenere risarcibile il danno non patrimoniale da immissioni nocive pur in assenza di un danno biologico accertabile per il danneggiato (cfr. *supra* par. 2.1.).

<sup>110</sup> Corte EDU, *Moreno Gómez c. Spagna*, cit, par. 55 «*whether the case is analysed in terms of a positive duty on the State to take reasonable and appropriate measures to secure the applicants' rights under paragraph 1 of Article 8 or in terms of an interference by a public authority to be justified in accordance with paragraph 2, the applicable principles are broadly similar. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole*».

<sup>111</sup> Cfr. Corte EDU, *Suruşin c. Romania*, 20 aprile 2004. Il caso ha ad oggetto una tipica ipotesi di molestia di fatto quale l'ingresso nel cortile del ricorrente e lo scarico di grandi quantità di letame davanti alla porta e sotto le finestre della sua casa.

<sup>112</sup> Per come è formulato, l'art. 14 CEDU non trova un'applicazione autonoma ma deve necessariamente riferirsi ad altre libertà e diritti tutelati dalla Convenzione. V. G. P. DOLSO, F. SPITALERI, *Art. 14 - Divieto di discriminazione*, in S. BARTOLE ET AL.

oggetto il diritto di successione nel contratto di locazione del partner omosessuale dopo la morte del compagno (*casi Karner e Kozak*<sup>113</sup>). Anche in questa ipotesi, sebbene la Corte non richiami espressamente la dottrina delle obbligazioni positive, la violazione del divieto di discriminazione nel rispetto dell'abitazione non è rappresentata dall'azione del privato (nella specie il proprietario del bene in locazione) ma dalla mancata previsione da parte del legislatore – o del giudice al momento in cui questo è chiamato a interpretare la nozione di convivenza – di un diritto di successione contrattuale da far valere nei rapporti interprivati a vantaggio tanto delle coppie eterosessuali che di quelle omosessuali. Rispetto a questa giurisprudenza è interessante notare come il medesimo problema sia stato affrontato anche dalla nostra Corte costituzionale attraverso un itinerario argomentativo maggiormente centrato sull'esigenza di tutelare il diritto all'abitazione in quanto tale e quindi a prescindere da considerazioni legate all'uguaglianza e alla non discriminazione di differenti formazioni giuridiche (cfr. *supra* par. 2.). Mentre, infatti, la decisione della Corte EDU utilizza il parametro del divieto di discriminazione di cui all'art. 14 per rilevare una illegittima disparità di trattamento tra coppie eterosessuali e omosessuali, la Corte Costituzionale esclude esplicitamente che la limitazione legislativa ponga un problema di uguaglianza e, diversamente, ne rinviene l'incostituzionalità nell'irragionevole esclusione di situazioni di convivenza che, a prescindere dalla natura del legame, richiedono il medesimo diritto alla stabilità abitativa. L'utilizzo del diritto all'abitazione, senza la mediazione del canone dell'uguaglianza, consente un'estensione più trasversale degli strumenti civilistici che mirano a darne attuazione: l'applicazione del diritto di successione legale nel contratto, infatti, non dipenderà dal confronto tra differenti *status* (coniuge, convivente *more uxorio*, partner omosessuale) a cui si pretende di attribuire un trattamento più o meno paritario, ma dalla presenza di un indice fattuale rappresentato dal

---

(a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, 2012, pp. 518 ss.

<sup>113</sup> Corte EDU, *Karner c. Austria*, 24 luglio 2003; Corte EDU, *Kozak c. Polonia*, 2 marzo 2010, in *Famiglia e diritto*, 10, 2010, pp. 873 ss. con nota di C. DANISI, *Successione nel contratto di affitto: quale protezione per la famiglia tradizionale dopo il caso Kozak C. Polonia alla Corte di Strasburgo?*, il quale segnala l'evoluzione argomentativa tra i due casi: mentre nel primo la discriminazione viene ricollegata ad una lesione dell'abitare, nel secondo il fatto di non considerare i partners dello stesso sesso al pari di una coppia di fatto eterosessuale viene qualificata direttamente come una discriminazione del diritto alla vita privata dei ricorrenti.

godimento stabile che quel soggetto fa dell'abitazione comune (cfr. più diffusamente sul punto Cap. V).

## 5.2. Prospettive di applicazione degli obblighi positivi ai conflitti tra privati

Tornando alla giurisprudenza sulle obbligazioni positive, è chiaro che l'applicazione delle disposizioni della Convenzione, a prescindere dalla tecnica di recepimento nell'ordinamento interno (cfr. *infra* par. 6.), non si traduca mai in un'efficacia orizzontale del diritto, in quanto l'obbligato principale resta sempre il soggetto pubblico. Questo però non significa che l'adeguamento statale agli obblighi positivi non comporti alcuna limitazione per i contrapposti interessi privati che vengono in gioco nelle ipotesi sopra richiamate, ma semmai che la conformazione in senso personalista del diritto privato patrimoniale trova la sua fonte diretta nel potere legislativo statale o, nelle more del suo intervento, nell'attività interpretativa che il giudice può fare del diritto positivo, quali fonti istituzionalmente deputate ad adempiere agli obblighi imposti allo Stato nella sua totalità.

Lo sviluppo della teoria degli obblighi positivi non ha interessato le ipotesi in cui venga in considerazione la legittima pretesa del proprietario o creditore ipotecario alla restituzione del bene ai danni dell'abitante. In questi casi, *«despite the absence of a proportionality assessment by an independent tribunal»* nessuna violazione può essere addebitata allo Stato. Le limitazioni all'esercizio dello *jus excludendi* in funzione di una maggiore socialità dei diritti patrimoniali vengono ricondotte così all'interno del pieno potere discrezionale della legislazione nazionale: lo Stato nei rapporti orizzontali è libero di optare per discipline limitative delle regioni della proprietà al momento in cui queste sacrificano eccessivamente l'altrui interesse abitativo o, viceversa, per una più energica garanzia delle ragioni del legittimo titolare del bene, evitando che i costi dell'inattuata politica di sostegno dell'esclusione abitativa ricadano su singoli individui e non sull'intera collettività. In forza di questo più ampio margine di apprezzamento, l'esecuzione di uno sfratto realizzata dallo Stato nell'interesse del privato viene considerata *a priori* funzionale a soddisfare uno scopo legittimo in una società democratica, senza ulteriori accertamenti sul modo in cui tale misura viene attuata in considerazione delle circostanze concrete.

La conclusione a cui arriva la Corte, invero, lascia aperti alcuni dubbi. Innanzitutto, una volta che si afferma l'obbligo dello Stato di attivarsi per impedire una compressione del godimento abitativo derivante dalle immissioni o molestie generate dall'attività dei privati, la totale deresponsabilizzazione dell'attore pubblico di fronte ad una legittima pretesa restitutoria del privato che provochi la forma di ingerenza più grave – la perdita dell'abitazione – finisce per risultare contraddittoria. In particolare, se è incontestabile che l'art. 8 CEDU non trovi applicazione diretta nei confronti dei privati, non si comprende per quale ragione *anche* lo Stato debba essere liberato da qualunque obbligo positivo quando è chiamato a dare esecuzione a un ordine di espulsione eseguito nell'interesse di quello stesso privato. Dato che i diritti della Convenzione non possono essere posti a carico dei privati, ma soltanto dello Stato, quest'ultimo non dovrebbe risultare sottratto ai propri doveri di protezione del ricorrente per il solo fatto che l'esecuzione forzata è attuata nell'interesse di un proprietario privato. Escludendo a monte la valutazione di proporzionalità, però, la Corte si nega la possibilità di impegnare lo Stato ad attivarsi per impedire il pregiudizio alla persona anche nelle vicende orizzontali.

D'altra parte, anche nelle ipotesi di occupazione di proprietà privata si afferma che *«any person at risk of [losing his/her home] should in principle be able to have the proportionality of the measure determined by an independent tribunal in light of the relevant principles under Article 8 of the Convention, notwithstanding that, under domestic law, his right to occupation has come to an end»*. Nella sua generalità il principio dovrebbe riguardare tanto le occupazioni di proprietà pubblica che privata<sup>114</sup>. Il problema è quindi quello di concepire un giudizio di proporzionalità per le espulsioni private che non incida in maniera insostenibile sulle prerogative del proprietario ma che al contempo non elida la responsabilizzazione che l'art. 8 vuole realizzare nei confronti dello Stato.

---

<sup>114</sup> La questione dell'applicabilità della garanzia di cui all'art. 8 CEDU agli sfratti privati viene esplicitata nell'opinione separata del giudice V. A. DE GAETANO in Corte EDU, *Buckland c. Regno Unito*, 18 settembre 2012, secondo cui *«if it is perfectly reasonable to require that an eviction or repossession notice issued by the Government or by a local authority [...] or possibly even by a private entity in receipt of public funds, should be capable of being challenged on the grounds of proportionality, when the landlord is a private individual the tenant's right should in principle be limited to challenging whether the occupation has in fact come to an end according to law. In this latter case the proportionality of the eviction or repossession in light of the relevant principles under Article 8 should not come into the equation»*.

Come si è avuto modo di vedere, la Corte EDU impone allo Stato una serie di garanzie procedurali e sostanziali al momento dell'esecuzione di uno sfratto avente ad oggetto una proprietà pubblica. Tra le garanzie sostanziali, in particolare, si pone particolare attenzione ai due distinti doveri di cui l'autorità deve farsi carico: da una parte, quello di ricercare le possibili misure alternative allo sfratto e, dall'altra, qualora lo sfratto sia l'unica via, quello di trovare alloggi sostitutivi che consentano di evitare che il ricorrente diventi un senzatetto (cfr. *supra* par. 4.2.). Ebbene, se si tenta di trasporre queste garanzie ai conflitti tra privati, si potrebbe sostenere che il dovere di prediligere misure alternative allo sfratto non sia configurabile nelle ipotesi riguardanti la proprietà privata in quanto l'esecuzione della pretesa restitutoria in favore del privato ammette soltanto una soddisfazione di tipo reale, a meno di non comprimere eccessivamente il contenuto minimo del diritto di proprietà. Diversamente, quando la misura esecutiva non ha finalità restitutoria ma mira ad espropriare l'alloggio per consentire al creditore di rivalersi sul ricavato, la valutazione sulle misure alternative può trovare applicazione anche nei rapporti orizzontali: in questo caso, infatti, l'interesse economico contrapposto a quello abitativo ha ad oggetto la casa in quanto mero *asset*. Al creditore non interessa il bene in quanto abitazione ma il valore venale che dalla sua vendita forzata potrà essere ricavato. In tali ipotesi, allora, come conferma la stessa Corte EDU<sup>115</sup>, ben potrà ammettersi un dovere di minimizzazione del pregiudizio alla persona che imponga al giudice dell'esecuzione di valutare la proporzionalità tra l'entità del credito per cui si procede e la misura esecutiva e, quindi, di privilegiare l'aggressione di altri beni del patrimonio del debitore che non intacchino il suo diritto fondamentale<sup>116</sup>. Questo obbligo – a ben guardare – non sacrifica direttamente l'interesse economico a vantaggio di quello abitativo, in quanto ha sempre ad oggetto l'esercizio del potere pubblico (*id est* la esecuzione forzata) mentre solo

---

<sup>115</sup> Corte EDU, Vaskrsić c. Slovenia, 25 aprile 2017, par. 83, secondo cui «*given the paramount importance of the enforcement measure taken against the applicant's property, which was also his home, and the manifest disproportion between this measure and the amount of debt it aimed to enforce, the authorities were obliged to take careful and explicit account of other suitable but less intrusive alternatives*».

<sup>116</sup> In tal senso, v. E. BARGELLI, *La costituzionalizzazione del diritto privato attraverso il diritto europeo. Il right to respect for the home ai sensi dell'art. 8 CEDU*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2019, pp. 76-7, secondo cui «*nel processo esecutivo, il giudice potrebbe tradurre le indicazioni della Corte Europea in una sorta di criterio del minimo mezzo: della tutela del creditore, dunque, con il minore sacrificio possibile del diritto fondamentale del debitore*».

indirettamente incide sulla posizione economica del creditore in quanto orienta la procedura esecutiva verso beni diversi dall'abitazione.

Diversamente, l'obbligo in capo allo Stato di trovare alloggi sostitutivi che consentano di evitare il rischio di *homelessness*, interessando esclusivamente l'autorità pubblica, non pregiudica direttamente le prerogative dominicali e quindi potrebbe essere mantenuto anche nella valutazione della proporzionalità degli sfratti privati. Semmai al privato si potrebbe richiedere di sopportare una sospensione temporanea dell'esecuzione del suo diritto alla restituzione del bene al fine di consentire all'amministrazione di ricollocare in tempi ragionevoli il soggetto vittima dello sfratto. La limitazione che ne conseguirebbe non sarebbe il risultato di un'applicazione diretta del diritto al rispetto della casa ai danni dell'altrui diritto di proprietà, ma rappresenterebbe più che altro il riflesso sul privato dell'adempimento dell'obbligo positivo posto in capo alla pubblica autorità. Né tale limitazione risulterebbe insostenibile avendo riguardo al contenuto minimo costituzionalmente protetto del diritto di proprietà, in quanto non si tratterebbe di una sua completa negazione ma di una temporanea compressione del suo esercizio in funzione della protezione di preminenti interessi della persona.

Questo a maggior ragione quando l'occupazione illegittima dell'immobile trova il suo fondamento in una situazione tollerata o addirittura consentita dal totale assenteismo del legittimo proprietario del bene. In questo caso, infatti, il legame tra abitante e bene si è instaurato in via di fatto senza che tra proprietario e abitante sia intercorso un rapporto contrattuale di volontaria accettazione del rischio di perdere l'abitazione ma in ragione del non uso da parte del proprietario. Soprattutto quando l'inattività del proprietario è tanto significativa da sostanzarsi in un abbandono dell'immobile, la sospensione temporanea dell'esercizio della facoltà di esclusione dell'occupante non interferisce con il corretto funzionamento delle regole di circolazione del bene che la Corte ha voluto preservare attraverso l'esclusione dell'efficacia diretta dell'art. 8 CEDU ai rapporti contrattuali. In altri termini, al fine di consentire allo Stato di attuare le misure necessarie a ricollocare il soggetto destinatario dell'espulsione in un alloggio sociale alternativo, l'eventuale sospensione temporanea della sua esecuzione può rappresentare una limitazione ragionevole della prerogativa del proprietario quando questo si è per lungo tempo disinteressato dall'utilizzare produttivamente l'abitazione.

Queste considerazioni non trovano esplicito riconoscimento nelle decisioni definitive della Corte di Strasburgo. Tuttavia, è interessante segnalare un caso – *Ceesay c. Spagna*<sup>117</sup> – in cui al governo statale è stata richiesta l'adozione di provvedimenti di ricollocamento degli occupanti nonostante la richiesta di sfratto venisse da un ente bancario privato: attraverso lo strumento cautelare delle *interim measures* (Rule 39, *Rules of Court*<sup>118</sup>), la Corte ha anticipato la tutela di cui all'art. 8 CEDU chiedendo all'autorità pubblica la sospensione preventiva dello sfratto e, contestualmente, di offrire esaurienti informazioni circa le misure che questa avrebbe preso per offrire agli interessati adeguate soluzioni abitative alternative, in considerazione della particolare situazione di vulnerabilità e della presenza di minori nelle abitazione. A seguito dell'adempimento da parte dello Stato spagnolo delle richieste contenute nella misura provvisoria attraverso il ricollocamento delle due famiglie, la controversia non ha avuto seguito in un giudizio di merito che accertasse la violazione dell'art. 8 CEDU. Sebbene, dunque, non sia possibile ricavare da questo caso un principio formalizzato circa gli obblighi positivi dello Stato nei casi riguardanti lo sfratto intentato da un privato, il caso *Ceesay* rappresenta un precedente interessante, che consente di proiettare il diritto al rispetto della casa oltre il limite di sua applicabilità diretta ai rapporti orizzontali.

Le circostanze di fatto rilevanti nel caso di specie – quali, da una parte, la presenza di minori nelle famiglie sfrattate a rischio di

---

<sup>117</sup> Corte EDU (interim measure), 15 ottobre 2013, *Ceesay Ceesay e altri c. Spagna* (la comunicazione del Presidente della Corte EDU nei confronti del governo spagnolo è consultabile presso il sito <http://www.housingrightswatch.org/sites/default/files/Diligencia-PAHpag6.pdf>, ultima consultazione 4 luglio 2019). Per una ricostruzione del caso di specie cfr. M. ANDERSON, *Propietarios y "ocupas": ¿Ni víctimas ni verdugos? Contexto y planteamiento de la reforma española relativa al desalojo de ocupantes ilegales*, in *Revista Electrónica de Derecho*, n. 3, 2018, pp. 22–23; H. S. MORENO, *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la vivencia en relación al derecho español*, cit., p. 168.

<sup>118</sup> Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Rules of Court*, Registry of the Court, 2019 (consultabile presso il sito [https://www.echr.coe.int/Documents/Rules\\_Court\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf), ultimo accesso 4 luglio 2019). La Rule 39 prevede che «*The Chamber or, where appropriate, the President of the Section or a duty judge appointed [...] may, at the request of a party or of any other person concerned, or of their own motion, indicate to the parties any interim measure which they considers should be adopted in the interests of the parties or of the proper conduct of the proceedings*». Per una guida all'applicazione delle *interim measures* v. COUNCIL OF EUROPE, *Interim Measures Factsheet*, Press Unit 2019 (consultabile presso il sito, [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Interim\\_measures\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Interim_measures_ENG.pdf), ultimo accesso 4 luglio 2019).

*homelessness* e, dall'altra, il fatto che il proprietario fosse una persona giuridica (che quindi vantava nei confronti del bene un interesse esclusivamente commerciale) e che l'immobile fosse rimasto inutilizzato – consentono di immaginare quale possa essere il bilanciamento che la Corte potrebbe in futuro introdurre in casi analoghi di sfratto di abitazione privata: nel rapporto triangolare che si viene a creare tra proprietario privato, abitante e Stato, quest'ultimo è destinatario di un duplice obbligo, quello di garantire la proprietà privata senza irragionevoli limitazioni per il suo titolare e quello di fornire – nei casi più drammatici – un alloggio alternativo che eviti la situazione di *homelessness*. Nell'adempimento di questo dovere, lo Stato sarà legittimato a sospendere la rapidità della misura esecutiva in relazione alla natura meramente commerciale dell'interesse del privato nonché alla sua pregressa inattività nello sfruttamento del bene. Tale limitazione risulterà legittima a patto che sia circoscritta nel tempo e direttamente funzionale ad esperire la risistemazione degli occupanti in un altro alloggio sociale in tempi certi e ragionevoli.

## 6. Applicabilità della CEDU nel diritto privato nazionale

Una volta chiarito il contenuto e la possibile estensione applicativa del diritto al rispetto della vita privata e familiare all'interno del sistema della Convenzione è necessario domandarsi quale sia l'efficacia dell'art. 8 CEDU e soprattutto quale impatto abbiano le decisioni della Corte di Strasburgo nel diritto privato italiano.

Com'è noto, la Corte costituzionale<sup>119</sup> ha chiarito che l'applicazione della CEDU e della sua giurisprudenza nell'ordinamento interno non segue la medesima tecnica di integrazione delle norme di diritto comunitario primario e derivato, in quanto questa non istituisce un ordinamento sovranazionale limitativo della sovranità statale<sup>120</sup> ma

---

<sup>119</sup> Corte Cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, in *Corriere Giur.*, 2008, 2, p. 185 con nota M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale* e in *Danno e Resp.*, n. 13, 10, 2008, pp. 973-992, nota di G. MARENA, *Sui diritti del proprietario espropriato: profili di novità delle sentenze n. 348 e 349 del 2007*.

<sup>120</sup> Invero, questa distinzione era già stata fatta in Corte Cost., 22 dicembre 1980, n. 188, in *Giur. cost.*, 1980, p. 12. Ciononostante, parte della dottrina, anche a seguito della modifica del titolo V e dell'introduzione del nuovo art. 117 Cost., ha ritenuto di interpretare la nuova disposizione come una forma di limitazione della sovranità statale analoga a quella introdotta dai trattati dell'Unione europea.



soltanto obblighi per gli Stati contraenti il cui inadempimento è sanzionato in base alla giurisdizione della Corte di Strasburgo. La mancanza di una vera e propria incorporazione dell'ordinamento statale in quello sovranazionale fa sì che le disposizioni della CEDU non pongano un problema di riparto delle rispettive competenze normative, in base ad un meccanismo analogo a quello istituito dall' art. 11 della Costituzione per il diritto comunitario. Di conseguenza, di fronte ad una legge incompatibile con il diritto della Convenzione, il giudice ordinario non ha alcun potere di disapplicazione diretta della disposizione interna, in quanto la competenza legislativa nazionale non subisce alcuna limitazione. Al contrario, il rinvio di cui all'art. 117, 1° comma, Cost. (*«rispetto ... dei vincoli derivanti ... dagli obblighi internazionali»*) ha l'effetto di incorporare le disposizioni della CEDU all'interno della Costituzione nazionale attribuendogli il rango di norma sub-costituzionale (cd. norma interposta), gerarchicamente subordinata alla Carta italiana ma superiore alla legislazione ordinaria. Così, le norme della Convenzione – come qualsiasi disposizione costituzionale – non prevalgono su quelle ordinarie in via diretta e immediata ma soltanto a seguito del controllo di costituzionalità che il giudice ordinario può rimettere al giudice delle leggi attraverso il rinvio pregiudiziale (artt. 136 e 137 Cost.).

Rispetto agli altri parametri normativi contenuti direttamente in Costituzione, però, la valutazione che il giudice delle leggi è chiamato a operare quando viene in gioco un diritto umano protetto a livello sovranazionale è più complessa. Il carattere interposto delle disposizioni della Convenzione EDU, infatti, impone di effettuare un doppio sindacato di conformità, *in primis* quello della Convenzione alla Costituzione e, in secondo luogo, quello della legge ordinaria al parametro sub-costituzionale<sup>121</sup>. Così, qualora una disposizione CEDU – come interpretata e applicata dal diritto vivente europeo – risulti in contrasto con una norma di rango superiore, la prima dovrà essere dichiarata inidonea ad integrare il parametro costituzionale e, conseguentemente, verrà espunta dall'ordinamento giuridico italiano. Viceversa, superato questo primo vaglio di conformità, sarà possibile sindacare la compatibilità della legislazione ordinaria al parametro della Convenzione. Questo meccanismo di integrazione, così come delineato dalla Corte

---

<sup>121</sup> Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 348, cit., par. 4.7.: *«proprio perché si tratta di norme che [...] rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione [...] per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione»*.

costituzionale, non è stato modificato dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, con cui l'Unione si è impegnata a aderire alla Convenzione europea (art. 6, 2° co., TUE)<sup>122</sup> e che ha riconosciuto i diritti fondamentali protetti dalla CEDU quali «*principi generali*» dell'ordinamento europeo (3° comma). Nonostante, il riferimento rappresenti un indubbio rafforzamento dell'efficacia della CEDU nel diritto di competenza dell'Unione Europea (cd. «comunitarizzazione» della Convenzione), ciò non ha comportato un mutamento di indirizzo circa il rango e l'efficacia della giurisprudenza nell'ordinamento italiano da parte della Corte costituzionale, che ha confermato l'indirizzo del 2007 anche in pronunce successive all'entrata in vigore del nuovo Trattato<sup>123</sup>.

Quanto appena detto riguarda il rapporto tra legge ordinaria contrastante con la fonte convenzionale. Rispetto, invece, alla diretta applicabilità della Convenzione al fine di sindacare la legittimità di un provvedimento amministrativo o giurisdizionale contrastante con i diritti CEDU, il discorso è più complesso. Innanzitutto, bisogna valutare l'ipotesi in cui il rapporto che origina la lite sia di natura verticale e, quindi, sia il soggetto pubblico ad attivare una procedura di sfratto o a eseguire un ordine di demolizione dell'abitazione nel perseguimento di uno scopo legittimo predeterminato dalla legge. Come si è visto, il giudizio di proporzionalità che è imposto dalla CEDU introduce un rafforzamento della tutela individuale in quanto condiziona l'agire statale oltre al tradizionale requisito della legalità formale del provvedimento. Il mancato recepimento interno della giurisprudenza CEDU, in questo caso, non si manifesta attraverso un contrasto tra legge ordinaria incompatibile e testo convenzionale. Quello che emerge è piuttosto un vuoto legislativo, in quanto la garanzia procedurale richiesta dalla proporzionalità non trova riconoscimento nella legislazione interna e, di

---

<sup>122</sup> In proposito non si può omettere di menzionare la bocciatura da parte della Corte di Giustizia del progetto di adesione dell'Unione Europea alla CEDU (v. Corte di giustizia (seduta plenaria), 18 dicembre 2014, parere 2/13). Per una sintetica sintesi della complessa motivazione, cfr. I. ANRÒ, *Il parere 2/13 della Corte di giustizia sul progetto di accordo di adesione dell'Unione europea alla CEDU: una bocciatura senza appello?*, *Eurojus.it*, s.d. <http://rivista.eurojus.it> (pagina consultata il 05 luglio 2019). A seguito di tale parere negativo il progetto di adesione si è interrotto lasciando inattuato l'art. 6, 2° co., TUE.

<sup>123</sup> Corte Cost., 11 marzo 2011, n. 80, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, 2, p. 578; Corte Cost., 07 aprile 2011 n. 113, in *Giur. cost.*, 2011, 2, p. 1523 e *Resp. Civ. Prev.*, 2011, 10, p. 2126. In senso contrario, v. R. ROLLI, *La proprietà come diritto dell'uomo?*, in *Contratto e impresa*, n. 27, 4/5, 2011, p. 1070.

conseguenza, il singolo non potrà accedere alle relative garanzie sostanziali. Sul piano ermeneutico, quindi, il problema che si pone è quello di colmare una lacuna che la Corte di Strasburgo fa emergere, laddove richiede la necessaria presenza di un apparato procedurale che consenta di eccepire il difetto di proporzionalità.

Recentemente, la Cassazione penale si è trovata a dover giudicare del difetto di proporzionalità di cui all'art. 8 CEDU di un ordine di demolizione dell'immobile abusivamente costruito. Pur senza dichiarare l'illegittimità del provvedimento, la decisione è di particolare interesse in quanto consente di comprendere la modalità di recepimento del criterio di bilanciamento della proporzionalità. Di fronte all'eccezione di illegittimità del provvedimento per mancato rispetto del diritto all'abitazione ex art. 8, la Cassazione ha statuito che *«il rispetto del principio di proporzionalità impone che l'autorità giudiziaria valuti caso per caso se un determinato provvedimento possa ritenersi giustificato in considerazione delle ragioni espresse dal destinatario della misura, al fine di bilanciare il suo diritto alla tutela dell'abitazione ai sensi dell'art. 8 CEDU [...] e l'interesse dello Stato ad impedire l'esecuzione di interventi edilizi in assenza di regolare titolo abilitativo, sicché deve essere il giudice a dover stabilire, tenuto conto delle circostanze del caso concreto dedotte dalle parti, se il provvedimento limitativo della libertà "reale" sia "proporzionato" rispetto allo scopo»*<sup>124</sup>. Applicando il *vademecum* predisposto dalla Corte EDU, il giudice di legittimità nega il difetto di proporzionalità per l'insufficiente allegazione e dimostrazione delle condizioni di emergenza abitativa tali da giustificare il dovere dell'amministrazione di trovare un alloggio alternativo. Tuttavia, il rigetto nel merito delle doglianze del ricorrente implica un assunto non trascurabile sul piano sistematico, vale a dire l'applicabilità diretta da parte del giudice nazionale delle garanzie processuali e sostanziali derivanti dal canone della "necessità in una società democratica". Ciò che è di notevole interesse nella presente decisione è il modo in cui l'art. 8 CEDU viene applicato nell'ordinamento interno nei rapporti tra singolo e Stato. Di fronte alla

---

<sup>124</sup> Cass. Pen., 20 febbraio 2019, n. 15141, in *Diritto&Giustizia*, 67, 2019, p. 18 e in *lpenalista.it*, 5, 2019, con nota di P. FIMIANI, *I rapporti tra diritto all'inviolabilità del domicilio e ordine di demolizione di un immobile abusivo da parte del giudice penale*. Si pone in continuità anche Cass. Pen., 19 marzo 2019, n. 17398, in *Diritto&Giustizia*, 2019 che precisa il criterio di bilanciamento che il giudice è chiamato a fare nel caso concreto: *«la violazione o meno, nella fattispecie concreta, dell'art. 8 della Convenzione Europea, dovrà essere valutata sotto il profilo della proporzionalità, tra l'abuso – se di dimensioni tali da farlo ritenere di necessità, se abitato – e gli interessi generali della comunità al rispetto delle norme»*.

necessità di integrare l'apparato di tutele che il singolo ha a disposizione contro un provvedimento statale privativo dell'abitazione, si sceglie di applicare direttamente l'art. 8 CEDU attribuendo al singolo la facoltà di eccepire il difetto di proporzionalità e, di conseguenza, al giudice il potere/dovere di valutare il bilanciamento tra diritto all'abitazione e scopo legittimo statale. Questo risultato – è il caso di ribadirlo – viene realizzato senza fare alcun riferimento ad una disposizione di diritto interno (interpretata in conformità al testo convenzionale) ma colmando la lacuna procedurale (prima che sostanziale) attraverso una diretta applicazione dell'art. 8 CEDU.

L'integrazione normativa del diritto interno è estremamente incisiva: non si tratta di fare applicazione di un principio costituzionale ma di trasporre esattamente gli strumenti processuali che la Corte di Strasburgo impone agli Stati per applicare la proporzionalità. La lacuna viene colmata attraverso l'applicazione di un principio (*analogia iuris*) che è già stato interpretato dal giudice europeo e concretizzato in una serie dettagliata di regole afferenti al procedimento amministrativo e al processo civile. Al giudice nazionale, in assenza di un intervento legislativo di recepimento, non resta che applicare tali regole facendo diretto riferimento alla norma interposta, come interpretata e applicata a Strasburgo. Inoltre, sulla base dell'ordinamento nazionale, il sistema di garanzie individuali prescinderebbe da un giudizio di proporzionalità dell'agire pubblico così invadente e procedimentalizzato. È il diritto vivente europeo che nell'interpretare l'art. 8 CEDU elabora le garanzie processuali in cui si sostanzia il giudizio di proporzionalità e di cui gli Stati devono dotarsi per conformarsi all'ordinamento convenzionale. In altri termini, la lacuna viene individuata dal giudice europeo, il quale al contempo detta le regole per colmarla al legislatore ordinario. In assenza dell'intervento legislativo, la lacuna viene rilevata dal giudice ordinario nazionale attraverso il confronto con il parametro sub-costituzionale dell'art. 8 CEDU e superata grazie alla sua applicazione diretta.

È evidente che una prassi di questo tipo, qualora si consolidi nelle successive pronunce, pone il dubbio circa la legittimità di un intervento giudiziale che si sostituisca in modo così incisivo al potere legislativo. In generale, il dovere di adempiere agli obblighi imposti dalla CEDU spetta innanzitutto al legislatore nazionale, il quale ha di regola un margine di discrezionalità circa le modalità con cui conformarsi alla Convenzione. Di conseguenza, l'attività ermeneutico-ricostruttiva del giudice nazionale che si sostituisca all'intervento del legislatore deve tener

conto di tale discrezionalità<sup>125</sup>. D'altra parte, il recepimento di questa particolare giurisprudenza riguardante le garanzie processuali del giudizio di proporzionalità si differenzia rispetto ad altre obbligazioni positive richieste dalla Corte EDU al legislatore nazionale: in questo caso, infatti, la trasposizione pura e semplice degli strumenti processuali richiesti dalla CEDU non ha l'effetto di sottrarre allo Stato il proprio margine di apprezzamento ma, al contrario, di preservarlo. La discrezionalità che è tolta al legislatore nazionale, imponendo una procedura dettata rigidamente dal giudice europeo, viene restituita al potere amministrativo e giurisdizionale che sarà libero – una volta dotato dell'apparato procedurale richiesto per garantire la proporzionalità – di scegliere quali scopi legittimi perseguire senza essere sottoposto ad un controllo giudiziale diretto circa il rispetto dell'art. 8 CEDU. Per tale ragione, la trasposizione diretta ed esatta della giurisprudenza di Strasburgo non appare in questa particolare ipotesi una prevaricazione delle prerogative del legislatore nazionale, in quanto è funzionale ad aumentare complessivamente la discrezionalità statale e non a diminuirla.

Rispetto ai rapporti tra privati, invece, la tecnica di recepimento diretto fatta propria dalla Cassazione penale non può essere certamente riproposta, in quanto è la stessa giurisprudenza europea ad aver circoscritto la tutela alle ipotesi in cui l'ingerenza venga realizzata da un soggetto pubblico. Nel caso in cui il conflitto si verifichi nei rapporti orizzontali, infatti, anche volendo ammettere un'applicabilità diretta dell'art. 8 CEDU, il suo contenuto come si è visto è tale da non poter imporre ai privati alcun dovere diretto di protezione dell'altrui interesse abitativo (cfr. *supra* parr. 5. e 5.1.). In altri termini, l'applicazione dell'art. 8 ai casi di sfratto privato viene esclusa già nel contesto dell'ordinamento convenzionale prima ancora che si ponga il problema della sua applicabilità. La Corte, infatti, nega quasi sempre che il rischio di *homelessness* possa essere preso in considerazione per sospendere l'esecuzione dello sfratto privato. Al massimo, come si è detto, si potrebbe concepire in circostanze di eccezionale vulnerabilità un obbligo positivo dello Stato di attivarsi per trovare un alloggio alternativo

---

<sup>125</sup> Sull'attività interpretativa del giudice al fine di colmare le lacune derivanti dagli obblighi positivi della CEDU, v. E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità*, cit., p. 151 secondo cui «l'interrogativo che si pone è se l'opera ermeneutico-ricostruttiva dell'interprete, effettuata alla luce della giurisprudenza di Strasburgo, possa garantire quel margine di apprezzamento che in numerose ipotesi la Corte Edu riconosce agli Stati».

all'abitante, ma senza che l'attuazione di tale dovere possa comunque tradursi in una sospensione *ad libitum* delle ragioni restitutorie del privato (v. *supra* par. 5.2.).

Anche nelle ipotesi di ingerenze “minori” realizzate da un privato, in cui la teoria degli obblighi positivi può condurre ad una condanna per violazione del diritto all'abitazione, il destinatario della sanzione è comunque lo Stato, nelle sue varie articolazioni, il quale non ha efficacemente tutelato l'individuo dalle aggressioni dei terzi (cfr. *supra* par. precedente). Di fronte all'inadempimento statale – che può sostanziarsi nella mancata predisposizione in via legislativa di istituti in grado di soddisfare adeguatamente il diritto della persona oppure in una mancata protezione a livello amministrativo del singolo dalle altrui ingerenze – l'ordinamento interno nel suo complesso è chiamato ad adeguarsi agli obblighi imposti dalla Convenzione. Quando l'omissione riguarda un *deficit* della legislazione e, quindi, si concretizza nel mancato riconoscimento di specifiche situazioni giuridiche di vantaggio per l'individuo o nell'insufficienza di un adeguato rafforzamento di un diritto sotto il profilo dei rimedi, tale carenza dell'ordinamento civile coinvolge non soltanto il potere legislativo ma anche quello giudiziario, che è tenuto – nelle more di una modifica legislativa – a conformare il diritto vigente al parametro sub-costituzionale della CEDU.

Questo dovere di interpretazione conforme realizza, seppur in modo indiretto, la proiezione orizzontale dei diritti della Convenzione. Infatti, una volta che il giudice europeo afferma la necessità di un rispetto generalizzato del diritto inviolabile, il giudice, nell'applicazione del diritto privato vigente, è spinto ad interpretare le disposizioni, fin tanto che il dato testuale lo consente, in senso conforme alla protezione *erga omnes* della persona. Questo a maggior ragione in forza della collocazione della CEDU nella gerarchia delle fonti nazionali, quale norma interposta a cui la legislazione ordinaria deve conformarsi. Inoltre, anche il giudice è destinatario dell'obbligo positivo che scaturisce dalla norma convenzionale, e quindi – al pari del legislatore e dell'esecutivo – la sua attività ermeneutica sarà fortemente condizionata al rispetto dei diritti umani. In altri termini, sebbene l'obbligo positivo non abbia come unico destinatario il giudice ma lo Stato nella sua totalità, quando la teoria è riferita all'organo giudiziario essa si realizza *in primis* attraverso una direttiva vincolante sul piano ermeneutico grazie alla quale il diritto inviolabile si proietta orizzontalmente nei vari settori

dell'ordinamento<sup>126</sup>. Ciò consente di superare le difficoltà di un'applicazione orizzontale diretta dei diritti inviolabili nei rapporti interprivati la quale, com'è noto, pone il problema di costruire precisi e circoscritti doveri di protezione in capo ai privati che non svuotino completamente il contenuto degli istituti di diritto privato patrimoniale – quali il contratto e la proprietà – la cui applicazione può in concreto confliggere con l'interesse della persona. In questo modo, la correzione interpretativa degli istituti – a cui il giudice è addirittura obbligato alla luce della CEDU fintanto che il legislatore non interviene *de jure condendo* – consente di non disconoscere completamente l'esigenza di attuare *erga omnes* la protezione dei diritti umani, seppure attraverso una via indiretta come quella dell'interpretazione conforme.

Naturalmente, non sempre l'adeguamento in via ermeneutica del diritto privato alla CEDU sarà un'operazione agevole. In alcuni casi, la conformazione è facilitata dal fatto che è lo stesso diritto interno a prevedere un meccanismo di rinvio al contenuto dei diritti inviolabili costituzionalmente protetti. Il sistema della risarcibilità del danno non patrimoniale è esemplare a riguardo: l'interpretazione sistematica dell'art. 2059 c.c. come si è andata consolidando nella giurisprudenza nazionale considera integrata la riserva di legge qualora la condotta del danneggiante leda il nucleo essenziale dei diritti inviolabili (cfr. *supra* par. 2.1.). Il carattere sub-costituzionale delle disposizioni della CEDU – pur non essendo queste direttamente applicabili e quindi non integrando *ex se* la riserva di legge<sup>127</sup> – finiscono per rafforzare il contenuto essenziale dei diritti inviolabili e incidere sulla soglia di offensività necessaria per la risarcibilità del danno non patrimoniale. Discorso analogo può essere fatto per l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 844 c.c.

---

<sup>126</sup> S. BESSON, *Les obligations positives de protection des droits fondamentaux*, cit., pp. 67 secondo cui «*il ne s'agit plus de tenir des individus pour directement responsables des violations de droits fondamentaux, mais, au contraire, de contraindre une autorité publique, le juge, à interpréter le droit, qu'il soit privé, pénal ou public, conformément aux droits fondamentaux. En cela, l'effet horizontal indirect peut être considéré comme une des applications des obligations positives de protection de l'Etat dans le contexte judiciaire*».

<sup>127</sup> In proposito le Sezioni Unite del 2008 hanno avuto modo di chiarire quale ruolo giochi la Cedu nell'individuazione ed emersione di nuovi diritti inviolabili tutelabili in via aquiliana. La Suprema Corte ha confermato che le disposizioni della CEDU non soddisfano il presupposto della riserva di legge richiesto dall'art. 2059 «*poiché la Convenzione, pur essendo dotata di una natura che la distingue dagli obblighi nascenti da altri Trattati internazionali, non assume, in forza dell'art. 11 Cost., il rango di fonte costituzionale, né può essere parificata, a tali fini, all'efficacia del diritto comunitario nell'ordinamento*», Cass. Civ., Sez. Un., 11 novembre 2008 nn. 26972-5, cit., par. 2.11.

che consente di agganciare la valutazione di tollerabilità al pregiudizio che l'attività immissiva provoca alla persona<sup>128</sup>. Anche in questo caso, la tecnica di costituzionalizzazione già rodada a livello giurisprudenziale con riferimento al diritto alla salute permetterà con più facilità di adattare l'istituto all'esigenza di dare maggior considerazione al rafforzamento di protezione del godimento abitativo.

Più complesso è immaginare un adattamento del diritto positivo in quelle ipotesi in cui la regola civilistica è tradizionalmente più insensibile al precetto costituzionale. Ai fini della presente ricerca, il problema si pone con particolare riguardo al modo in cui l'ordinamento distribuisce la legittimazione attiva all'esercizio delle azioni a tutela del possesso. L'ordinamento CEDU, infatti, arricchisce il contenuto del diritto all'abitazione attraverso un ampliamento dell'ambito di applicazione e della relativa protezione. La nozione di abitazione, come si è visto, chiama in causa direttamente il problema della fattualità del godimento del bene: l'art. 8 CEDU richiede agli Stati di proteggere l'abitante a prescindere dalla presenza di un valido titolo di appartenenza attuale sul bene, ma guardando alla sussistenza di una stabilità abitativa che, se interrotta o compromessa dall'ingerenza di un terzo, finirebbe per arrecare un pregiudizio grave alla sua vita privata e familiare. Oltre ad espandere l'operatività sul piano soggettivo, la Corte di Strasburgo ha rafforzato l'intensità della tutela, attribuendo maggior considerazione alla qualità del godimento abitativo: alcune pronunce riguardanti gli obblighi positivi statali fanno riferimento a ingerenze di terzi che corrispondono al modello tipico dello spoglio o della molestia.

A fronte di questo diverso modo di intendere il rapporto tra appartenenza e abitazione, è lecito domandarsi in che modo l'art. 8 CEDU possa influenzare – analogamente a quanto accaduto per l'art. 844 c.c. – la disciplina delle azioni possessorie. In particolare, la legittimazione ad agire contro le azioni violente che si traducono in una perdita o in una limitazione del godimento (spoglio o molestia di fatto) sono diversamente distribuite da parte del legislatore ordinario in favore del possessore, del detentore qualificato e del detentore per ragioni di ospitalità o servizio (cfr. *supra* Cap II). La ragione di questo diverso trattamento è costituita dal tradizionale ruolo servente che la situazione di detenzione ha nei confronti del possesso, ma che di recente è stato messo in crisi dalla crescita di importanza sociale di forme di gestione

---

<sup>128</sup> Cass. civ., 11 aprile 2006, n. 8420, in *Giust. civ.*, 2007, II, p. 459; cfr. in dottrina V. SCALISI, *Immissioni di rumore e tutela della salute*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, pp. 127 ss.



e controllo dei beni riconducibili all'interno dei rapporti obbligatori e degli schemi contrattuali, invece che dei diritti reali. Il fenomeno è stato acutamente evidenziato da parte della dottrina<sup>129</sup> in termini generali quale conseguenza dell'evoluzione socio-economica: l'inquietudine verso un assetto di tutele che rischia di non intercettare le trasformazioni della società emerge innanzitutto a livello giurisprudenziale, dove è riscontrabile una tendenza generale al rafforzamento della protezione di situazioni che un tempo venivano sbrigativamente ricondotte all'interno della detenzione non qualificata (si pensi, ad esempio, alla figura del convivente di fatto, cfr. *infra* Cap. V).

Il *deficit* di protezione verso figure di detenzione socialmente emergenti si manifesta con maggior intensità quando la situazione di fatto è esercitata – anche o solamente – in funzione del soddisfacimento di un bisogno abitativo. Mentre la Corte costituzionale<sup>130</sup> ha chiarito che il nostro assetto costituzionale non consente di rinvenire una tutela minima garantita a chi esercita un potere di fatto sulla *res* – in quanto la distribuzione delle azioni possessorie tra le differenti situazioni di fatto costituisce una scelta politica del legislatore assolutamente discrezionale – il discorso cambia nella prospettiva dell'art. 8 CEDU. La tutela del rispetto della vita privata e familiare come si è detto non guarda alla natura del potere di fatto (reale o personale) ma alla sua idoneità a costituire una stabile e abituale attività abitativa, la cui cessazione può creare un rischio per la persona dell'abitante. Si pone così l'esigenza di riconsiderare la disciplina positiva al fine di estendere la tutela possessoria in linea con la giurisprudenza europea di cui all'art. 8 CEDU per garantire una tutela piena al godimento abitativo.

Infine, nelle ipotesi in cui il conflitto riguarda direttamente il proprietario e l'usufruttuario *sine titulo*, il problema è quello di valutare la compatibilità degli strumenti di tutela della situazione dominicale con la salvaguardia del diritto all'abitazione, nelle situazioni in cui il soddisfacimento del primo mette a repentaglio l'effettiva realizzazione del secondo.

---

<sup>129</sup> Si veda in proposito l'interessante indagine di G. LIOTTA, *Situazioni di fatto e tutela della detenzione*, Jovene Editori 1983.

<sup>130</sup> Corte Cost., 26 marzo 1990, n. 151, in *Foro It.*, 1990, I, c. 3052 e in *Giur. Costit.*, 1990, p. 827, per cui «è manifestamente inammissibile [...] la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1170 c. c., nella parte in cui non prevede l'esercizio dell'azione di manutenzione in favore del detentore e nei confronti di chiunque, con esclusione del soggetto per cui detiene, in riferimento agli art. 3 e 24 Cost.».

---

## CAPITOLO V – Situazioni abitative di fatto e prospettive di tutela

---

### Sommario

1. Situazioni di fatto familiari. Applicazioni giurisprudenziali e definizione legislativa. **1.1.** Convivente *more uxorio* e tutela contro lo spoglio: né ospite né possessore. **1.2.** (segue) negozio familiare e detenzione qualificata. **1.3.** Il diritto di continuare ad abitare del convivente. **2.** Detenzione abitativa e tutela possessoria. **3.** L'occupazione abusiva a scopo abitativo. **3.1.** Profili di rilevanza penale dell'interesse abitativo. **4.** L'occupante *sine titulo* di un'abitazione in proprietà pubblica. Recepimento dell'art. 8 CEDU. **5.** Ipotesi di tutela civilistica dell'abitante abusivo di proprietà privata: a) proprietario tollerante. **5.1.** (segue) b) proprietario inerte. Il ruolo dello Stato negli sfratti privati.

---

### **1. Situazioni di fatto familiari. Applicazioni giurisprudenziali e definizione legislativa**

La questione della qualificazione giuridica della posizione del familiare convivente sprovvisto di un titolo legittimante il proprio godimento della casa di comune abitazione si ascrive all'interno di un più generale ripensamento dei rapporti tra la famiglia coniugale e le altre forme di consorzio familiare che non trovano nel matrimonio la propria regolamentazione giuridica. A fronte della emergente crescita nella realtà sociale di modalità di vita in comune alternative a quella matrimoniale<sup>1</sup>, la necessità di offrire una disciplina ai rapporti personali e patrimoniali delle coppie di fatto ha comportato un mutamento del modo in cui il diritto dovrebbe governare questa fattualità, in passato confinata ai margini della rilevanza giuridica sul presupposto che il matrimonio fosse in grado di offrire una esauriente risposta ai conflitti di interessi nascenti all'interno delle varie formazioni familiari: così, il concetto di "concubinato" – fatto assolutamente estraneo al diritto civile e, anzi, penalmente sanzionato – ha lasciato il posto prima alla

---

<sup>1</sup> Il Report di ISTAT, *Matrimoni, separazioni e divorzi. Anno 2014, 2015* (consultabile al sito <https://www.istat.it/it/files/2015/11/Matrimoni-separazioni-e-divorzi-2014.pdf>), registra un crescente aumento delle convivenze di fatto (oltre il milione dal 2014) a fronte di una costante diminuzione del numero di coppie coniugate.

“convivenza *more uxorio*” e, infine, alla “famiglia di fatto”, quale formazione sociale portatrice di valori di solidarietà di pari dignità rispetto a quelli della famiglia legittima. La dottrina che ha studiato questa progressiva giuridicizzazione non ha mancato di notare un ulteriore mutamento di prospettiva che vede affiancare alla famiglia di fatto il diverso fenomeno delle *unioni di fatto*<sup>2</sup>, il cui elemento di discontinuità è rappresentato dall'affievolirsi di quella somiglianza ovvero – se si vuole usare un termine mutuato dal diritto del possesso – di *corrispondenza*<sup>3</sup> al rapporto matrimoniale, che fa avvertire all'interprete la necessità della sua regolazione.

Prima di concentrare l'attenzione sugli interessi che ruotano attorno alla casa familiare, pare utile chiarire come all'interno del fenomeno delle unioni di fatto sia possibile individuare una molteplicità di modelli<sup>4</sup>, non tutti accomunati dal medesimo grado di esclusione rispetto all'archetipo della famiglia tradizionale fondata sul matrimonio. Invero, l'irriducibile pluralismo delle forme di aggregazione familiare non è apprezzabile soltanto da un punto di vista sociologico ma anche attraverso una considerazione della possibilità giuridica di accedere alla disciplina matrimoniale concessa alle diverse forme di unione. Mentre, infatti, alcuni legami si instaurano tra due soggetti che, pur astrattamente dotati dei presupposti sostanziali necessari ad accedere alla tutela giuridica del matrimonio, scelgono consapevolmente di non porre in essere le formalità necessarie ad esprimere una volontà di comune soggezione ai diritti e doveri nascenti dal vincolo coniugale<sup>5</sup>, per altri

---

<sup>2</sup> M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto (Agg. I)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, 2019, il quale rileva come all'evoluzione terminologica («*concubinatio*», «*convivenza more uxorio*», «*famiglia di fatto*») corrisponde un mutamento assiologico; v. anche M. DOGLIOTTI, *Dal concubinatio alle unioni civili*, in *Politica del diritto*, 1 2017.

<sup>3</sup> Il lessico possessorio fa eco alla teoria dottrinarica del possesso dei diritti, che vuole evocare attraverso una imperfetta analogia con l'istituto del possesso di cui al Libro III «*la formula della realtà di fatto che è immagine di una realtà di diritto*», cfr. U. BRECCIA, *Possesso di diritti*, in *Enciclopedia del Diritto*, 1985

<sup>4</sup> La pluralità di possibili forme di unione anche “non di coppia” è esemplificata nel commento di P. SCHLESINGER, *Diritti e doveri nella coppia*, in F. BRUNETTA D'USSEAUX, A. D'ANGELO (A CURA DI), *Matrimonio, matrimoni*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 138–40.

<sup>5</sup> La stessa formula di convivenza *more uxorio* genericamente utilizzata per riferirsi al modello della famiglia di fatto unitamente considerata, dal punto di vista etimologico, suggerisce un riferimento privilegiato a quelle particolari relazioni affettive composte da *due persone che, pur non essendo coniugate, convivono di fatto come marito e moglie*. Tale accezione di convivenza svela quindi un potenziale fraintendimento in cui si rischia di incorrere laddove si continui a mantenere indistinta una categoria composita e

soggetti, l'esclusione dell'operatività delle regole di cui al Titolo VI, Libro I, del Codice Civile prima che essere espressione di determinate convinzioni morali e politiche è frutto dell'esclusione che il legislatore stesso fa, allorquando decide di condizionare l'accesso al matrimonio ad una serie di presupposti soggettivi e di impedimenti inderogabili (libertà di stato, età, capacità di agire, eterosessualità, bilateralità del rapporto, assenza di vincoli di parentela o affinità). In altri termini, la scelta verso la fattualità del rapporto è effettuata, nel primo caso, dai soggetti interessati in concreto ad accedere ad un determinato assetto di diritti e obblighi; nel secondo caso, al contrario, questa è frutto di una valutazione politica compiuta in astratto dal legislatore stesso.

Se, quindi, il minimo comune denominatore delle unioni non matrimoniali è rappresentato dalla generica non applicabilità dei diritti e obblighi nascenti dal matrimonio, in questa variegata categoria è possibile operare opportune distinzioni, da una parte, in considerazione della diversa possibilità di accesso alla disciplina che determinate tipologie di convivenze comunque mantengono e, per altro verso, guardando alle differenti ragioni poste a fondamento della scelta legislativa di esclusione dalla protezione giuridica concepita per la famiglia coniugata<sup>6</sup>.

Queste considerazioni mettono in evidenza come l'argomento sovente speso dalla dottrina e dalla giurisprudenza per giustificare la necessaria differenziazione tra la disciplina della famiglia di fatto – vale a dire quello di rispettare l'autonomia privata delle parti che volutamente hanno evitato di accedere al matrimonio per sottrarsi ai diritti e doveri che ne conseguono inderogabilmente – porti con sé il rischio di un fraintendimento di fondo<sup>7</sup> circa la natura indistinta e omogenea di una categoria che nella realtà si manifesta in maniera composita e

---

diversificata. All'interno del fenomeno delle unioni di fatto è possibile individuare una molteplicità di modelli, non tutti accomunati dal medesimo grado di esclusione rispetto all'archetipo della famiglia tradizionale fondata sul matrimonio.

<sup>6</sup> Cfr. A. PALAZZO, *Le convivenze: diversità di modelli e ruolo dell'integrazione dei sessi*, in F. BRUNETTA D'USSEAU, A. D'ANGELO (A CURA DI), *Matrimonio, matrimonii*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 135–8.

<sup>7</sup> La stessa formula di convivenza *more uxorio* genericamente utilizzata per riferirsi al modello della famiglia di fatto unitamente considerata, dal punto di vista etimologico, suggerisce un riferimento privilegiato a quelle particolari relazioni affettive composte da «due persone che, pur non essendo coniugate, convivono di fatto come marito e moglie». Prima ancora delle definizioni legali, è il gergo della prassi giuridica a semplificare la nozione di convivenza nel senso di privilegiare quelle forme di convivenza più somiglianti al rapporto coniugale.

diversificata. Al contrario, le valutazioni che l'ordinamento compie per le unioni di soggetti giuridicamente capaci di contrarre matrimonio e per quelle che invece riscontrano uno o più impedimenti inderogabili sono molto diverse: per le prime si pone l'esigenza di valorizzare la libertà matrimoniale, anche nel senso negativo di non voler contrarre matrimonio, per le seconde invece la valutazione dell'ordinamento non può ignorare le varie ragioni che stanno alla base dell'esclusione dal matrimonio. Ogni impedimento o presupposto sostanziale di accesso al matrimonio cela dietro di sé esigenze di ordine pubblico, di interesse generale o di mera opportunità politica ben diverse tra loro.

Innanzitutto, come dimostra la recente disciplina delle unioni civili – con il superamento dell'ostacolo dell'omosessualità della coppia attraverso l'introduzione di una disciplina *ad hoc* che si affianca a quella matrimoniale – la valutazione da parte dell'ordinamento circa la rilevanza di un dato fenomeno sociale non è omogenea né immutabile nel tempo. Ma anche per quelle forme di convivenza che ancora non possono accedere a nessun istituto familiare positivamente disciplinato, ben diverse sono le ragioni di resistenza da parte dell'ordinamento: mentre per i soggetti incapaci o infra-diciottenni il legislatore mira a preservare la libertà matrimoniale e l'autonomia negoziale degli interessati, il presupposto della coppia – che esclude dalla tutela le unioni poliamorose e quelle poligamiche – risponderebbe invece ad una scelta politica fondata su considerazioni, più o meno attuali, di ordine pubblico<sup>8</sup>. In altri termini, all'interno dell'indistinta categoria delle unioni di fatto è possibile individuare alcuni rapporti nei cui confronti l'ordinamento non si pone in modo affatto neutro, ma verso le quali anzi compie precise valutazioni di merito a fondamento dell'esclusione da una determinata disciplina di favore.

Una volta negato ai rapporti sopra richiamati l'accesso al matrimonio, resta il problema di determinare quale sia la rilevanza giuridica di quei comportamenti sociali che (anche soltanto in parte) hanno una qualche corrispondenza con il comportamento tipico della famiglia matrimoniale: ciò vale sia per le unioni di fatto para-coniugali che per quelle convivenze che pur essendo mancanti di un elemento materiale (ad esempio, la bilateralità del rapporto oppure il carattere sessuale della

---

<sup>8</sup> Per una riflessione circa l'applicabilità della tutela giurisprudenziale e legale delle convivenze di fatto alle unioni poliamorose v. A. VERCELLONE, *Più di due: verso uno statuto giuridico della famiglia poliamore*, in *Rivista Critica Del Diritto Privato*, 4, 2017, pp. 607 ss.

relazione affettiva), ne condividono altri sufficientemente stabili da essere giuridicamente rilevanti (ad esempio, la coabitazione, l'assistenza morale o materiale reciproca, l'educazione e allevamento congiunto di un minore). Si tratta di elementi eventuali<sup>9</sup>, la cui carenza non preclude di per sé la rilevanza della unione ma che quando sono presenti contribuiscono a definire gli effetti giuridici di quella specifica unione sulla base del bisogno di tutela che fanno emergere.

Di fronte a questo generale problema di individuazione di un fattore che riesca ad unificare una realtà composita e intrinsecamente plurale, la vicenda italiana attraverso cui si è approdati alla regolamentazione legislativa delle convivenze offre un ulteriore spunto di riflessione circa la diversa modalità con cui il diritto giurisprudenziale e quello legale percepiscono e regolano tale fenomeno. Fino all'introduzione della legge Cirinnà, la qualificazione giuridica delle unioni di fatto è stata il frutto dell'elaborazione giurisprudenziale che ne ha dato una regolamentazione minima sul presupposto che al mutamento della percezione sociale del fenomeno dovesse corrispondere una risposta positiva da parte dell'ordinamento. Per sua natura, l'attività giurisprudenziale – anche quella più creativa – non è dotata di una legittimazione politica tale da consentirgli di calare dall'alto formule definitorie e, quindi, dettare *ex novo* una disciplina che non trovi già una sua fonte in regole e principi generali vigenti nell'ordinamento giuridico.

Così, rispetto alle unioni di fatto, il percorso qualificatorio è passato necessariamente dall'art. 2 Cost. e, in particolare, dalla tutela costituzionale delle *formazioni sociali*<sup>10</sup>. La formazione sociale è, infatti, una

---

<sup>9</sup> L'assenza dell'elemento della coabitazione, ad esempio, come ha chiarito anche la Corte di Strasburgo, non è dirimente per determinare se un legame stabile possa essere ritenuto, ad alcuni fini, meritevole di protezione. Cfr. Corte EDU, *Vallianatos and Others v. Greece*, 7 novembre 2013, par. 73, in *hudoc.echr.coe.int* per cui «it can see no basis for drawing the distinction [...] between those applicants who live together and those who – for professional and social reasons – do not, since in the instant case the fact of not cohabiting does not deprive the couples concerned of the stability which brings them within the scope of family life within the meaning of Article 8».

<sup>10</sup> Cfr. Corte cost. 13 novembre 1986, n. 237, in *Foro it.*, 1987, I, c. 2353 e in *Dir. Fam.*, 1987, p. 28, con cui si è per la prima volta affermato che «un consolidato rapporto, ancorché di fatto, non appare [...] costituzionalmente irrilevante quando si abbia riguardo al rilievo offerto al riconoscimento delle formazioni sociali e alle conseguenti intrinseche manifestazioni solidaristiche (art. 2 Cost.)». Più di recente si è affermato che «per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico» (v. Corte Cost., 15 aprile 2010, n.138, in *Giur. Cost.*, 2010, 2, p. 1604, con nt. di R. ROMBOLI, *Il diritto*

categoria aperta al pluralismo, che in tanto considera rilevante la convivenza o l'unione in quanto in concreto questa è considerata idonea allo sviluppo della personalità dell'individuo all'interno della stessa, e senza che sia necessaria l'adozione di statiche formule definitorie, i cui presupposti di fatto finiscono per cristallizzare eccessivamente un fenomeno necessariamente in divenire. Anche sul fronte della costruzione degli effetti giuridici, attraverso la concretizzazione dei doveri di solidarietà che lo stesso art. 2 Cost. impone ai membri della formazione sociale protetta, l'interprete ha potuto fare riferimento non a regole determinate in positivo dal legislatore, ma ai diritti inviolabili della persona quali parametri normativi elastici idonei ad individuare la conseguenza giuridica della convivenza in relazione al bisogno di tutela che in concreto emerge nel caso di specie.

Una volta definito il minimo comune denominatore di qualsiasi formazione familiare, vale a dire la comunione spirituale e materiale di vita tra i suoi componenti e l'*affectio* (pur se depurata da una connotazione esclusivamente sessuale), altri elementi oggettivamente riscontrabili quali la coabitazione, la contribuzione economica o la presenza di minori all'interno della comunità, rappresenteranno i presupposti fattuali (eventuali) che fanno sorgere il bisogno di protezione giuridica messo in luce dai diritti inviolabili della persona e imposti dal dovere di solidarietà di cui all'art. 2 della Carta. Così, quando l'unione si realizza attraverso una stabile e duratura convivenza nella medesima casa, per un periodo e con modalità tali da rendere quella casa un elemento imprescindibile della comunione di vita, il diritto all'abitazione imprime alla solidarietà familiare il contenuto suo proprio attraverso la nascita di prerogative giustiziabili su quell'alloggio in grado di proiettarsi oltre la continuazione spontanea del rapporto. I diritti inviolabili svolgono quindi un'importante funzione unificante della complessità sociale delle convivenze, in quanto individuano trasversalmente specifiche posizioni soggettive meritevoli di protezione a prescindere dall'esistenza di uno *status familiae* determinato dalla legge: in presenza di un bisogno di stabilità abitativa ovvero dell'esigenza di protezione di particolari soggetti deboli (minori, disabili), i diritti fondamentali consentono di imporre doveri in capo ai membri di una determinata comunità di fatto, a prescindere dal grado di somiglianza che questa vanta rispetto al modello di famiglia tradizionale fondata sul matrimonio.

---

*«consentito» al matrimonio ed il diritto «garantito» alle coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice «troppo» e «troppo poco».*

Il metodo giurisprudenziale è naturalmente spinto ad attingere da fonti aperte e indeterminate che individuino al contempo il *perché* e il *come* della soluzione da offrire alla concreta domanda di giustizia che la realtà sociale fa emergere. Di conseguenza, rispetto ad un approccio definitorio calato dall'alto, la tecnica di ricostruzione giurisprudenziale dimostra una maggiore capacità di attuare una inclusione differenziale delle varie relazioni di fatto emergenti nella società, in quanto individua i confini del giuridicamente rilevante in base a circostanze di fatto determinabili soltanto *a posteriori* quando, trovandosi di fronte al caso concreto da regolare, è possibile individuare una comunione di vita materiale e spirituale sufficientemente stabile da far sorgere il dovere di solidarietà.

Ora, una simile tecnica di costruzione del diritto non viene alterata dall'introduzione di disposizioni speciali che si limitino ad estendere segmenti circoscritti di disciplina già previsti in favore della coppia coniugata attraverso un generico riferimento alla "convivenza di fatto"<sup>11</sup>: in tal caso, infatti, l'interprete sarà comunque libero di riempire di contenuto la locuzione adottata dal legislatore, anche oltre il significato di convivenza *more uxorio* in senso stretto, attraverso un indagine della reale finalità di tutela che l'estensione legislativa intende perseguire<sup>12</sup>.

Diversamente, l'introduzione in via legislativa di una nuova nozione di convivenza di fatto che non voglia essere ricettiva ma semmai concorrente alla tecnica definitoria elaborata in giurisprudenza, pone maggiori problemi di coordinamento. Così è accaduto con la recente nozione di convivenza introdotta dal comma 36, art. 1, della legge n. 76 del 2016<sup>13</sup> con cui il legislatore ha voluto chiaramente riferirsi ad un

---

<sup>11</sup> Si pensi, ad esempio, all'art. 199 c.p.p., sulla la facoltà di astenersi dal deporre concessa al convivente dell'imputato; alla l. 9 gennaio 1994, n. 6, che include la persona stabilmente convivente tra i soggetti che possono essere designati amministratore di sostegno; all'art. 6, L. 4 maggio 1983, n. 184, come sostituito dalla L. 28 marzo 2001, n. 149, che ritiene rilevante gli effetti della convivenza precedente al matrimonio sulla stabilità del vincolo ai fini dell'adozione.

<sup>12</sup> Rispetto agli esempi della precedente nota, mentre la nozione di convivenza richiamata dalla legge sull'adozione fa necessariamente riferimento ad una coppia eterosessuale stabilmente convivente in una medesima abitazione, non si vede come in materia di amministrazione di sostegno la convivenza richiamata debba assumere necessariamente il carattere della unione *more uxorio* in senso stretto, stante la diversa finalità di protezione che il legislatore intende perseguire.

<sup>13</sup> Per un primo inquadramento del nuovo istituto cfr. L. BALESTRA, E. GUARDIGLI, *Profili civilistici delle convivenze*, in M. SESTA (a cura di), *Codice dell'unione civile e delle*



modello particolare di unione, la famiglia para-coniugale, che resta fuori dalla disciplina matrimoniale in quanto i suoi componenti decidono di non aderirvi pur essendo in astratto dotati delle relative condizioni giuridiche per contrarlo: conviventi di fatto sono, infatti, «*due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile*». Da tale definizione restano così escluse tutte quelle relazioni familiari in cui pur essendo ravvisabile la stabilità del legame affettivo e il reciproco impegno di assistenza morale e materiale, non è, viceversa, riscontrabile la coppia, sia sotto il profilo quantitativo che sotto quello qualitativo. Non si avrebbe convivenza di fatto, ai sensi della presente legge, nei casi di unioni poligamiche né quando l'unione di fatto riguardi persone sprovviste di stato libero<sup>14</sup>. Inoltre, il riferimento alla coppia e le esplicite esclusioni riguardo ai rapporti di affinità, parentela e adozione lascerebbe fuori dalla disciplina tutte quelle ipotesi in cui l'*affectio* non assume alcuna connotazione sessuale, ma si fonda su un sentimento parimenti stabile di amicizia o parentela<sup>15</sup>.

---

*convivenze*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 1219–1254; A. GORASSINI, *Convivenze di fatto e c.d. famiglia di fatto. Per una nuova definizione dello spazio tipologico di settore*, in *Rivista di diritto civile*, n. 63, 4 2017, pp. 854–879; F. AZZARRI, *Unioni civili e convivenze (diritto civile)*, in *Enciclopedia del Diritto. Annali*, Giuffrè, Milano, 2017; L. LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Famiglia e diritto*, 10 2016, pp. 931–942; P. F. LUISO, *La convivenza di fatto dopo la l.76/2016*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 45, 4 2016, pp. 1085–1094.

<sup>14</sup> Per la precisione la legge stabilisce che i partner non debbano essere vincolati «*da matrimonio o da un'unione civile*». La formulazione ha spinto parte minoritaria della dottrina ad intendere la disposizione nel senso di richiedere che soltanto tra i componenti della coppia non intercorra tale vincolo e che quindi non sia richiesto lo stato civile libero (L. BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in *Famiglia e diritto*, 10 2016, pp. 925. *Contra ex multis* L. LENTI, *Convivenze di fatto, cit.*, pp. 931 ss., per cui «*l'ambito di applicazione delle nuove regole [sarebbe] limitato in base a un dato non fattuale ma giuridico, lo stato civile dei conviventi*»). Si tratterebbe di una interpretazione letterale ma sostanzialmente abrogativa della disposizione, comunque, da preferirsi in quanto in maggiore armonia con gli indirizzi giurisprudenziali che sanciscono il «*diritto fondamentale sancito dalla Costituzione e dall'ordinamento sovranazionale*» di instaurare una nuova convivenza a seguito della separazione tra i coniugi (Cass. Civ., 12 luglio 2016, n. 14175, in *DeJure.it*; cfr. sul punto F. AZZARRI, *Unioni civili e convivenze, cit.*, p. 1003).

<sup>15</sup> Per comprendere come la limitazione legislativa rappresenti una mera scelta di opportunità politica, è utile mettere a confronto la nostra nozione di convivenza con l'istituto catalano delle *relaciones convivenciales de ayuda mutua* (artt. 240.1-240.7, Titolo IV, del Libro II, Cod. Civ. Cat.) che disciplina il rapporto che si instaura tra «*dos o más personas que conviven en una misma vivienda habitual y que comparten, sin contraprestación y con voluntad de permanencia y de ayuda mutua, los gastos comunes o el trabajo doméstico, o ambas*

È, dunque, lecito domandarsi come si coordini questo nuovo modello legalizzato di convivenza con quello elaborato in via pretoria nelle more dell'intervento legislativo. Non sembra, infatti, plausibile ritenere che l'intervento legislativo abbia inteso superare quanto previsto in precedenza dalla giurisprudenza, attraverso una implicita abrogazione delle regole giurisprudenziali già operanti per le convivenze di fatto non ricomprese nella nozione legislativa. Lo stesso *incipit* del comma 36 – «*ai fini delle disposizioni di cui ai commi [seguenti]*» – conferma la volontà di introdurre una disciplina più dettagliata per la categoria legale senza per ciò solo relegare nuovamente nel giuridicamente irrilevante le forme di unione di fatto da essa escluse. La conseguenza ultima di tale novità legislativa è allora quella di aumentare la complessità della nozione introducendo un modello legalizzato più forte che non si sostituisca ma si affianchi agli altri, che mantengono la tutela “debole” già prevista in passato<sup>16</sup>. Una giustapposizione di diritti vecchi e nuovi, di fonte giurisprudenziale e legale, delinea così un panorama articolato di tutele che invece di ricondurre ad unità il concetto di famiglia di fatto, moltiplica i modelli di convivenza e le relative tutele. Tale risultato appare l'inevitabile conseguenza e forse la soluzione che maggiormente si adatta alla complessità dei rapporti sociali moderni che richiedono di ricercare la coerenza di una pluralità di modelli familiari senza rigide formule definitorie.

Questa pretesa coerenza resta, però, ad oggi un problema ancora aperto se valutato alla luce della tutela dei diritti fondamentali della persona che, seppur con intensità variabile, impongono di concretizzare il

---

*cosas*)» (trad. non ufficiale «due o più persone che vivono nella stessa abitazione abituale e che condividono, senza corrispettivo e con il desiderio di soggiornare e di aiutarsi a vicenda, spese comuni o lavoro domestico, o entrambi»). Tale nozione include situazioni di convivenza tra più di due soggetti e anche per relazioni amicali o parentali. Il rapporto, che può essere regolato da specifici accordi, genera comunque effetti giuridici *ex lege*. Cfr. per una A. GIMÉNEZ COSTA, C. VILLÓ TRAVÉ, *La regulación catalana de una nueva situación convivencial: las relaciones convivenciales de ayuda mutua*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 3, 2015, pp. 153-67; v. anche B. B. CASANELLA, *Nuevas formas de convivencia de carácter familiar o cuasi familiar*, in *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, 10, 2017, pp. 127-43

<sup>16</sup> In questa prospettiva dovrebbe essere generalizzata a tutte le convivenze giuridicamente rilevanti la soluzione di coordinamento prospettata da L. LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, in *Jus Civile*, 2, 2016, p. 98, secondo cui «*si nuovi diritti attribuiti dalla legge in esame riguardano solo le convivenze i cui componenti sono in stato libero; gli altri diritti, già esistenti in precedenza, restano attribuiti a tutte le convivenze, indipendentemente dallo stato libero dei loro componenti*».

generale dovere di solidarietà tra i componenti della formazione sociale in specifici obblighi di protezione dei soggetti deboli. Così, il confronto tra la tutela offerta oggi alle convivenze legalizzate con quella che residua per le altre formazioni solleva alcuni dubbi circa il rispetto di quei diritti fondamentali, che pretendono un'applicazione fondata su logiche diverse da quelle che sono alla base dell'ambito di applicazione della legge 76/2016. In questa sede, ci si riferisce *in primis* al diritto all'abitazione e alle prerogative che questo genera in favore dei soggetti che sono sprovvisti di un titolo giuridico che legittimi l'esercizio del loro godimento sulla casa comune (cfr. *infra* par. 1.3.).

### **1.1. Convivente *more uxorio* e tutela contro lo spoglio: né ospite né possessore**

La questione riguardante la legittimazione attiva del convivente di fatto ad esercitare la tutela possessoria e, in particolare, l'azione di reintegrazione concessa al detentore, è stata a lungo dibattuta.

Tradizionalmente, la qualificazione del convivente sprovvisto di un autonomo titolo di appartenenza – reale o contrattuale che fosse – veniva ascritta all'interno dell'ambito di applicazione dell'art. 1168, 2° co., ult. parte, c.c. e, quindi, equiparata a una forma di detenzione per ragioni di ospitalità<sup>17</sup>: la riduzione della convivenza extraconiugale a fenomeno marginale delle vicende detentive – idoneo ad esprimere un potere di fatto sulla *res* dotato di un grado di autonomia poco superiore alla detenzione del tollerato e inferiore a quella del comodatario – finiva per escludere l'interessato da qualunque forma di protezione avverso le condotte violente poste in essere tanto dal proprietario quanto da soggetti terzi. Tale impostazione era sicuramente il frutto, da una parte, di un'accezione eccessivamente ampia che la giurisprudenza stessa attribuiva al concetto di ospitalità, tale da ricomprendere al suo interno anche rapporti il cui significato sociale andava ben oltre l'occasionale detenzione del bene e, dall'altra, di una visione ormai superata del concetto di famiglia, che vedeva nella persona del “capofamiglia” l'unico

---

<sup>17</sup> Parla di «ospitalità reciproca», Pret. Vigevano, 10 giugno 1996, in *Foro it.*, 1997, I, c. 3686 ss. e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 240; in passato, vedi Cass. Civ., 16 febbraio 1956, n. 436, in *Foro it.*, 1956, I, c. 1120 ss.

soggetto esercente il potere sulla casa familiare, non soltanto quello attribuitogli dalla legge ma anche quello di fatto<sup>18</sup>.

A questo primo ordine di argomenti, si aggiungevano le considerazioni di chi metteva in evidenza la diversa meritevolezza di tutela della coabitazione coniugale – giuridicamente disciplinata – da quella instaurata al di fuori del matrimonio: dal momento in cui l'ordinamento predispose una serie di garanzie durante e dopo il matrimonio (dovere di coabitazione *ex art. 143 c.c.*; assegnazione della casa familiare a seguito di separazione; legato *ex lege* del diritto di abitazione) di cui è sprovvisto il convivente, la tutela possessoria sarebbe appannaggio esclusivo del rapporto che il legislatore ha voluto regolamentare. Sennonché, tali argomenti, com'è stato opportunamente rilevato<sup>19</sup>, perdono forza dal momento in cui il confronto tra coniugi e conviventi cessa di avere ad oggetto i profili squisitamente "petitori" e si concentra, invece, sulla rilevanza fattuale del potere esercitato da questi soggetti: se, infatti, la questione ha ad oggetto una situazione di fatto, non ha senso inferire la carenza di legittimazione attiva all'azione di spoglio dalla minore tutela giuridica accordata al convivente rispetto a quella del coniuge, dal momento in cui la protezione interdittale *ex art. 1168 c.c.* generalmente prescinde dalla sussistenza di una posizione giuridica tutelabile in via petitoria. Anzi, proprio l'assenza di un giudice della dissoluzione del vincolo in questa prospettiva dovrebbe far propendere per l'opportunità di dare una minima protezione ai soggetti più esposti attraverso le azioni possessorie<sup>20</sup>. In altri termini, rinvenire un'analogia circa la natura del potere di fatto esercitato da coniugi e conviventi non vuol dire affatto presupporre o affermare un'identità di disciplina giuridica tra i due rapporti. Tale analogia, semmai, può servire ad affermare la necessità che la legittimazione attiva, riconosciuta al convivente, *a fortiori* non

---

<sup>18</sup> F. GRECO, *Sulla legittimazione ad agire in spoglio del convivente more uxorio*, in *Giust. civ.*, 2, 1954, pp. 967 ss.; A. MONTEL, *In tema di posizione possessoria del convivente col possessore e col detentore*, in *Giur. agr.*, II, 1966, pp. 178.

<sup>19</sup> P. CABELLA PISU, *Azioni possessorie*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, 1990, p. 72, secondo cui «proprio perché la detenzione è una relazione di fatto con la cosa, non si vede perché una convivenza stabile al di fuori del matrimonio debba dar vita ad un rapporto più debole di quello di convivenza nel matrimonio, per ciò che riguarda la tutelabilità del godimento dell'alloggio e degli arredi»

<sup>20</sup> E. CARBONE, *Possesso e detenzione nella famiglia di fatto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 65, 1, 2011, pp. 49, secondo cui «l'argomento dell'assenza di un giudice della dissoluzione del ménage, [...] sfiora il paralogismo, perché qui il giudice dello spoglio è proprio – nel suo ambito – un giudice della dissoluzione del ménage».

possa essere negata al coniuge, la cui situazione nasce da un titolo di sicura fonte legale. Tuttavia, anche se in passato la soluzione non era pacifica, già da tempo la tendenza giurisprudenziale è quella di riconoscere il coniuge come detentore qualificato (v. *infra*).

Non risolutivi sono, infine, gli argomenti che fanno leva sulla inopportunità pratica dell'estensione della tutela *ad interdicta*. Non convince, innanzitutto, la preoccupazione della giurisprudenza sulla possibilità che una soluzione estensiva finisca per impedire al convivente proprietario di alienare il bene senza il consenso dell'altro convivente: si tratta, infatti, di un'impostazione che esalta gli interessi legati al valore commerciale dell'abitazione e, di conseguenza, disconosce gli interessi della persona che al bene sono riconnessi<sup>21</sup>. Né appare convincente l'idea che la protezione del convivente finisca per dissuadere il partner proprietario ad instaurare la vita in comune nella propria abitazione<sup>22</sup>. L'argomento viene applicato all'ipotesi di convivenza dalla stessa autorevole dottrina che si preoccupa – con argomenti non dissimili – di non disincentivare il comportamento di tolleranza attraverso un regime eccessivamente favorevole al tollerato (cfr. Cap. III). Tuttavia, proprio questo accostamento tra tolleranza e convivenza fa emergere all'opposto la diversità profonda sul piano del significato sociale che la seconda assume, non soltanto per l'ordinamento ma anche tra le parti. La convivenza, infatti, non si realizza – come la tolleranza – attraverso un contegno unilaterale ma nella progressiva e consapevole instaurazione di una comunanza di vita nel medesimo alloggio, reciprocamente accettata dai partner. È difficile immaginare che un comportamento bilaterale volontario di questo tipo possa essere disincentivato dalla prospettiva di dover attribuire una posizione al proprio partner maggiormente tutelata dall'ordinamento, posto che al momento della sua nascita

---

<sup>21</sup> La tesi era sostenuta da Cass. Civ., 4 dicembre 1962, n. 3264, in *Foro it.*, 1963, I, c. 269 ss.; questi argomenti dimostrano, anche rispetto alla più datata giurisprudenza italiana, la difficoltà di valutare l'abitazione non soltanto come *asset* commerciale ma anche come mezzo di soddisfazione di interessi della persona costituzionalmente protetti, cfr. sul punto L. FOX O'MAHONY, *Conceptualising home: theories, laws and policies*, Hart Pub, Oxford; Portland, Or, 2007, pp. 3 ss.

<sup>22</sup> R. SACCO, *Detenzione autonoma e qualificata*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, Aggiornamento, V, 2010, pp. 521 ss., quando afferma che «forse si deve congetturare che quanto più armiamo giudizialmente il convivente tanto più dissuadiamo colui che dispone dell'immobile a consentire alla convivenza». Altro argomento pratico è quello speso da R. CATERINA, R. SACCO, *Il possesso*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 186, per cui la qualificazione in senso detentorio favorirebbe la litigiosità e, quindi, aumenterebbe il contenzioso giudiziario.

l'eventuale futura cessazione del *ménage* non è una vicenda che i *partner* scelgono di programmare.

Esclusa quindi l'ospitalità, è necessario vagliare la fondatezza della proposta, in passato avanzata da alcune Corti di merito, di riconoscere al convivente una posizione di pieno possesso del bene, tale da garantirgli non soltanto una legittimazione attiva generale sul piano possessorio (sia contro lo spoglio che contro la molestia) ma anche da offrire al convivente l'aspettativa di un futuro acquisto di un diritto reale sul bene di comune abitazione consistente, a seconda delle varie teorie, in una comproprietà o, più modestamente, in un diritto di uso e abitazione<sup>23</sup>. Invero, rispetto all'alternativa tra natura possessoria o detentoria del godimento del convivente non proprietario, le oscillazioni giurisprudenziali non sono dovute tanto alla diversa intensità della tutela interinale che ne deriverebbe per l'interessato, quanto piuttosto agli effetti di acquisto *ad usucapionem* che l'ordinamento ricollega soltanto alla prima situazione. L'usucapibilità del diritto in favore del convivente di fatto – se in alcuni isolate decisioni<sup>24</sup> è vista come un correttivo all'assenza di diritti successori in suo favore – appare una conseguenza esorbitante le ragioni di tutela del convivente, in quanto lesivo delle prerogative patrimoniali del proprietario e dei suoi eredi. Il contenuto del diritto reale – sia esso una comproprietà o un diritto reale minore – in quanto determinato *a priori* dal legislatore non è dotato di una elasticità tale da offrire una composizione della crisi equa, sensibile alle contrapposte esigenze che sulla casa di comune abitazione si vengono a creare al momento della dissoluzione del *ménage*. Ma negare l'effetto acquisitivo attraverso l'esclusione del possesso, lascia comunque impregiudicata la questione di una più opportuna distribuzione dei poteri di tutela interdittale in favore dell'abitante per ragioni di convivenza: una volta

---

<sup>23</sup> Nega la configurabilità di un possesso del convivente Cass. Civ., 14 giugno 2012, n. 9786, *Giust. civ.*, 2012, 10, I, p. 2318; ma già in precedenza v. Cass., 7 febbraio 2002, n. 1745, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, p. 208; Cass., 14 giugno 2001, n. 8047, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, p. 1189 e in *Corr. giur.*, 2001, 10, p. 1278; Cass. Civ. 2 ottobre 1974, n. 2555, in *Rep. Foro it.*, 1974, n. 28.

<sup>24</sup> Del problema dell'usucapione del diritto di abitazione si occupa la isolata pronuncia di Trib. Torino, 28 febbraio 2002 per cui «il convivente "more uxorio" che ha convissuto con compossesso ultraventennale corrispondente al diritto reale di abitazione di una casa, di cui l'altro convivente, premorto, era proprietario, acquisisce, per usucapione, la titolarità, vita natural durante, del diritto di abitazione», in *Famiglia*, 2003, p. 571, con nota di M. CAPECCHI, *Usucapione del diritto di abitazione sulla «casa familiare» come soluzione per il mancato riconoscimento dei diritti successori del convivente superstite.*

esclusa l'aspettativa di acquisto di un diritto reale, ciò non fa venir meno l'opportunità che il convivente goda di una protezione interinale, sia nei confronti dei terzi che del convivente proprietario e dei suoi aventi causa.

In realtà, la soluzione in favore della detenzione non è motivata esclusivamente in considerazione delle conseguenze rimediali più opportune per gestire la crisi dell'unione ma anche guardando, per quanto possibile, alla coerenza sistematica delle definizioni di possesso e detenzione emergenti agli artt. 1140-1 c.c. (cfr. Cap. II). Infatti, il compossesso – per poter essere ad immagine di un diritto reale – presuppone l'esercizio simultaneo e contiguo da parte degli interessati di poteri tra loro autonomi e distinti, corrispondenti ad altrettanti diritti reali. Una tale situazione non potrebbe rinvenirsi quando a fondare il potere di fatto sia un rapporto intercorrente tra due soggetti legati da un vincolo di solidarietà familiare<sup>25</sup>. Presupposto generale del possesso – sia esso ad immagine di una comunione *pro indiviso* che di altro diritto reale minore – è l'assenza di qualsivoglia forma di mediazione nell'esercizio del potere, la quale invece è da ravvisarsi laddove l'utilizzazione della *res* trovi origine in un rapporto giuridico istitutivo di reciproci diritti e obblighi. Ebbene, il significato sociale dei rapporti di convivenza *more uxorio* difficilmente potrebbe giustificare la descrizione del fenomeno possessorio in termini di mera coesistenza di poteri sulla cosa non riconducibili all'interno di un rapporto giuridico tra i partner.

D'altra parte, a suo tempo la giurisprudenza è già approdata alla medesima conclusione con riferimento al rapporto coniugale, qualificando in termini di detenzione anche il godimento della casa familiare da parte del coniuge non proprietario<sup>26</sup>. Di conseguenza, sebbene la sentenza in commento si preoccupi di ribadire opportunamente la necessità di non giungere ad una piena equiparazione tra matrimonio e unione di fatto, questa diversità non è certo tale da incidere sulla natura "reale" del diritto ad immagine del quale il potere di fatto è esercitato. Per quanto riguarda il godimento che nasce dal matrimonio, infatti, la necessità di individuare un rapporto obbligatorio che riempia di

---

<sup>25</sup> Cass. Civ., 14 giugno 2001, n. 8047 e Cass. Civ. 2 ottobre 1974, n. 2555 già citate; in dottrina, v. F. ALCARO, *Il possesso*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 138-40; U. NATOLI, *Il possesso*, Giuffrè, Milano, 1992 pp. 113 ss.

<sup>26</sup> Cass. Civ., 21 novembre 2011, n. 24456, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, 11, 1649; Cass. Civ., 2 febbraio 1979, n. 733, *Giust. civ. Mass. 1979*, 2; Trib. Bari, 25 settembre 2008; Trib. Padova, 03 luglio 2008, n. 1432; Trib. Catania, 22 febbraio 2006, in *leggiditalia.it*; Pret. Roma 17 settembre 1974.

contenuto il relativo potere di fatto viene soddisfatta attraverso l'individuazione dei doveri legali che impongono ai coniugi di adibire l'abitazione a luogo di comune convivenza, sia per loro che per i figli. Così, l'obbligo di coabitazione unito a quello di assistenza morale e materiale rappresenta un titolo legale idoneo a negare qualunque prospettiva che miri a degradare la situazione del coniuge non proprietario a mero ospite della casa coniugale. Discorsi analoghi possono essere *a fortiori* replicati per quanto riguarda la posizione del figlio<sup>27</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, non deve quindi stupire il percorso di progressivo ripensamento dell'indirizzo restrittivo da parte della giurisprudenza e della dottrina oggi maggioritarie<sup>28</sup>.

## 1.2. (segue) negozio familiare e detenzione qualificata

Anche grazie alla sempre maggiore affermazione delle famiglie di fatto nella realtà sociale come modello concorrente a quello coniugale, si è approdati di recente al definitivo *revirement*, attraverso una decisione della Cassazione che riconosce al convivente *sine titulo* la legittimazione ad agire in reintegrazione contro l'altro partner proprietario<sup>29</sup>. La Corte pur mantenendo ferma la distinzione tra coniugi e conviventi, in piena coerenza con la teoria oggettiva sulla distinzione tra possesso e detenzione ha ulteriormente alzato l'asticella della rilevanza giuridica del convivente attraverso l'individuazione di un titolo giustificativo che

---

<sup>27</sup> In giurisprudenza, sulla detenzione del figlio v. di recente Trib. Modena, 01 febbraio 2018, in *DeJure.it*.

<sup>28</sup> Per le tesi a favore dell'estensione della legittimazione attiva del convivente, v. E. CARBONE, *Possesso e detenzione nella famiglia di fatto*, pp. 46 ss.; G. LIOTTA, *Situazioni di fatto e tutela della detenzione*, Jovene Editore, Napoli, 1983, pp. 71 ss.; P. CABELLA PISU, *Azioni possessorie*, cit.; C. M. BIANCA, *Diritto civile. 6: La proprietà*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 843-4.

<sup>29</sup> Cass. Civ., 21 marzo 2013, n. 7214, in *Fam. e dir.*, 2013, 7, 639 annotata da C. GABBANELLI, *Il convivente more uxorio non è paragonabile a un mero ospite e in caso di estromissione violenta dall'abitazione è legittimato a esercitare le azioni a tutela del possesso*, in *Giur. it.*, 12, 2013, pp. 2491-5, nt. di I. FERRETTI, *Convivenza more uxorio e tutela possessoria; un ulteriore tassello del diritto vivente sulla famiglia di fatto* e in *Corr. giur.*, 12, 2013, pp. 1532-1542, nt. di A. CARRATO, *Se l'amore è eterno finché dura, quale tutela ha il convivente di fatto che viene estromesso dall'altro dal godimento dell'abitazione comune?*. V. anche Cass. Civ., 17 ottobre 2017, n. 24479, in *Notariato*, 2017, 6, p. 643. Nel merito v. Trib. Perugia, 22 settembre 1997, in *Foro it.*, 1997, I, p. 3686; Pret. Roma 22 novembre 1975, in *Giust. Civ.*, 1976, I, p. 1721; Pret. Roma 18 ottobre 1976, in *Dir. Eccl.*, 1977, II, p. 503.



consenta, sul piano possessorio, di riconoscere nell'esercizio del suo potere di fatto un interesse proprio che giustifichi la tutela contro lo spoglio.

Si arriva così ad un'autonoma qualificazione del rapporto giuridico intercorrente tra i due conviventi il cui contenuto è necessariamente diverso da quello coniugale – difettando i presupposti per una disciplina legale organica – e che invece trova la sua fonte in un atto di natura negoziale: il godimento da parte del convivente della «*casa di abitazione ove si svolge e si attua il programma di vita in comune [si sostanzia in] un potere di fatto basato su un interesse proprio ben diverso da quello derivante da ragioni di mera ospitalità*», in quanto fondato su un «*negozio giuridico "di tipo familiare"*»<sup>30</sup> in grado di elevare la posizione del convivente non proprietario alla stregua di una detenzione qualificata.

In questo modo, il titolo negoziale non viene assimilato a uno dei modelli contrattuali tipici previsti dal codice. Invero, se la Corte avesse voluto semplicemente garantire al convivente la protezione dallo spoglio avrebbe potuto con facilità avvalersi dello schema contrattuale del comodato gratuito (o di un contratto atipico di godimento)<sup>31</sup>. Ma una soluzione di questo tipo avrebbe finito per obliterare del tutto il contenuto del rapporto sostanziale che nasce dall'unione di fatto, a scapito di una maggiore certezza della sua regolazione complessiva<sup>32</sup>. La necessità è invece quella di prendere atto della sua specificità per estendere la tutela possessoria, ma soltanto all'interno del perimetro tracciato dallo schema negoziale. In altri termini, attraverso la costruzione di un tipo negoziale a sé stante, la Corte è in grado di forgiare i diritti di godimento dell'abitazione che ne derivano senza per forza doversi riferire a tipi contrattuali pensati per regolare interessi prevalentemente

---

<sup>30</sup> Cass. Civ., 21 marzo 2013, n. 7214, cit.

<sup>31</sup> Nella duplice alternativa del comodato cd. precario a tempo indeterminato (art. 1810 c.c.) che però consentirebbe al convivente proprietario la libera recedibilità oppure – più in linea con le decisioni della stessa Corte in materia di assegnazione della casa familiare – del comodato con determinazione di durata implicita ex art. 1809 c.c. (cfr. nt. 42 più approfonditamente sul tema dell'assegnazione della casa familiare in comodato). Tale soluzione è stata in passato avanzata da Trib. Napoli, 08 marzo 2004, in *Giur. napoletana*, 2004, p. 321.

<sup>32</sup> In tal senso si esprime E. CARBONE, *Possesso e detenzione nella famiglia di fatto*, cit., pp. 47-8.

patrimoniali e che assolvono una funzione differente (di scambio, di cortesia, di liberalità<sup>33</sup>) rispetto a quella sottesa alla convivenza.

La costruzione di un tipo negoziale nuovo e autonomo serve quindi a leggere le prerogative di godimento sull'alloggio attraverso l'apposita lente della solidarietà familiare, la quale – per consolidata giurisprudenza costituzionale – non costituisce più appannaggio esclusivo della famiglia coniugata ma anche delle formazioni sociali atipiche costituzionalmente protette *ex art. 2 Cost.*

La soluzione prospettata può dirsi, quindi, soddisfacente sia per la sua coerenza con la sistematica degli istituti possessori, sia perché fa chiarezza sulla specificità causale del rapporto di convivenza rispetto ai generali contratti di godimento. Ciò detto, è opportuno chiedersi se attribuire al titolo della detenzione del convivente la qualifica di negozio giuridico sia un'operazione ermeneutica opportuna, non solo sul piano dogmatico ma anche su quello pratico<sup>34</sup>. Invero, la Corte di Cassazione – dimostrando una certa adesione al fenomeno sociale in esame – nel proprio percorso argomentativo non descrive la vicenda costitutiva del rapporto facendo riferimento a comportamenti espressivi – neppure per fatti concludenti – di una dichiarazione bilaterale di volontà avente ad oggetto un programma negoziale completo volto a regolare per il futuro i rapporti personali e patrimoniali che derivano dalla convivenza. Questa, al contrario, individua gli elementi costitutivi della fattispecie in comportamenti – «condotta spontaneamente attuata» caratterizzata da «durata, stabilità, esclusività e contribuzione»<sup>35</sup> – di per sé sprovvisti di una sufficiente capacità dichiarativa (sia essa espressa o tacita) tale da consentire all'interprete di dedurvi una volontà autonomamente produttiva di effetti giuridici. Nel comportamento consapevole degli interessati vi è senza dubbio una volontà comune, che la giurisprudenza

---

<sup>33</sup> È quindi ormai superata l'impostazione secondo cui «la convivenza more uxorio si risolve in una situazione caratterizzata da un complesso di rapporti unificati, sotto il profilo personale dalla affectio coniugalis [e] sotto il profilo economico dall'animus donandi» (Trib. Roma, 10 ottobre 1985, in *Tem rom.*, 1985, p. 953).

<sup>34</sup> Invero di recente diversamente, ci si è interrogati sul possibile valore contrattuale della convivenza di A. VERCELLONE, *Oltre le obbligazioni naturali. Le unioni di fatto come rapporto contrattuale.*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2018; la tesi riprende le riflessioni di A. FALZEA, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, in AA. VV. (a cura di), *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1988; v. anche M. R. MARELLA, *Il diritto di famiglia fra status e contratto: il caso delle convivenze non fondate sul matrimonio*, in F. GRILLINI, M. R. MARELLA (a cura di), *Stare insieme: i regimi giuridici della convivenza tra status e contratto*, Jovene, Napoli, 2001.

<sup>35</sup> Cass. Civ., 21 marzo 2013, n. 7214, parr. 2.3 e 2.6.

sinteticamente chiama *affectio*, ma questa volontà resta confinata all'attuazione del rapporto di fatto senza quindi assumere una valenza costitutiva di effetti giuridici paragonabili a quelli nascenti dal matrimonio, in cui le parti aderiscono formalmente e solennemente ad un programma negoziale regolativo del rapporto nel suo complesso.

In altri termini, una costruzione più aderente al concreto modo di svolgersi delle unioni di fatto nella realtà sociale avrebbe dovuto portare a qualificare la convivenza come atto bilaterale complesso non negoziale ma produttivo di effetti eteronomi previsti dalla legge<sup>36</sup>. Intendendosi con legge, sia le disposizioni di diritto positivo che espressamente richiamano la convivenza quale fattispecie giuridicamente rilevante sia il diritto giurisprudenziale, il quale si avvale di fonti di giuridificazione estrapolate in via interpretativa dall'ordinamento costituzionale. In questa prospettiva, il richiamo che la Cassazione in esame fa alle sentenze della Corte costituzionale, le quali, da una parte, qualificano la famiglia di fatto come una formazione sociale costituzionalmente garantita *ex art. 2 Cost.* (v. *supra* par. 1.) e, dall'altra, attribuiscono rilevanza al diritto all'abitazione<sup>37</sup>, non svolge una funzione di mero sostegno argomentativo, per così dire *ad abundantiam*, della soluzione prospettata. Queste, al contrario, rappresentano i presupposti giuridici da cui nasce la prerogativa del convivente sulla casa: in primo luogo, la rilevanza giuridica delle convivenze come formazioni sociali giustifica il vincolo di reciproca solidarietà a cui le parti sono soggette; in seconda battuta, il diritto all'abitazione interviene a dare concretizzazione a questo dovere, individuando un preciso bisogno di tutela – la stabilità del godimento dell'alloggio – a cui i componenti della formazione sono chiamati a dare piena soddisfazione, anche oltre la spontanea attuazione della coabitazione. In conclusione, solidarietà familiare *ex art. 2 e diritto all'abitazione*, costituiscono parametri normativi sufficienti a fondare il titolo (legale) della detenzione del convivente, senza che sia necessario chiamare in causa l'autonomia negoziale. Un'ulteriore dichiarazione di volontà potrà semmai intervenire a regolamentare in maniera esauriente e programmatica, anche derogando agli effetti legali

---

<sup>36</sup> In questo senso v. le riflessioni di R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, UTET Giuridica, Torino, 2005, pp. 192 ss., il quale tuttavia mantiene un approccio estremamente riduttivo circa gli effetti che dall'atto di convivere possono derivare.

<sup>37</sup> Corte Cost., 07 aprile 1988, n. 404, in *Giur. cost.*, 1988, 1789 e in *Dir. Fam. Per.*, 4, 1988, pp. 1559 ss.

della convivenza, qualora questi non siano posti a tutela di diritti indisponibili<sup>38</sup>.

Quanto sostenuto, d'altra parte, trova conferma nell'impostazione sistematica introdotta dalla l. 76/2016 (v. *supra* par. 1.) la quale tiene distinte la regolamentazione della convivenza di fatto (commi 36 e 37) da quello del contratto di convivenza (comma 50), che consente alle parti di «disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune». Ebbene, il dato positivo conferma l'idea che mentre la prima individua un comportamento complesso e prolungato di stabile unione caratterizzato dall'*affectio* e dalla reciproca assistenza morale e materiale e produttivo di effetti determinati dalla legge, soltanto il secondo strumento consente alle parti di accordarsi per disciplinare autonomamente – anche in deroga ad alcuni effetti legali della convivenza – il proprio rapporto. Ciò a maggior ragione se si pone attenzione ai requisiti formali (forma scritta per atto pubblico o scrittura privata autenticata da notaio o avvocato) che il legislatore richiede al co. 51, a pena di nullità, per la stipulazione del negozio, al fine di mantenere un controllo circa la conformità del contenuto contrattuale alle norme imperative e all'ordine pubblico. Simile esigenza verrebbe ignorata da un approccio interpretativo che pretenda di attribuire al mero fatto della convivenza, che di certo non soddisfa tali requisiti formali, la medesima valenza negoziale<sup>39</sup>. Né la natura negoziale della convivenza può essere attribuita all'atto con cui anche uno solo dei partner può effettuare la dichiarazione anagrafica prevista dal co. 37 della l. 76/2016: la dottrina maggioritaria ha infatti negato che tale dichiarazione abbia valore costitutivo degli effetti legali, ma che rappresenti una semplice agevolazione probatoria della stabile convivenza<sup>40</sup>.

Ricondurre il rapporto di convivenza all'interno di una cornice volontaristica se, da una parte, offre all'interprete l'agevolazione di confrontarsi con concetti giuridici di più facile maneggevolezza – perché, ad esempio, permette di applicare con maggiore disinvoltura il canone di buona fede e correttezza in funzione integrativa (v. *infra* par.

---

<sup>38</sup> Si verrebbe così a realizzare un modello di regolamentazione delle convivenze *opt-out*, presente anche in altri paesi europei (Svezia, Irlanda), cfr. F. AZZARRI, *Unioni civili e convivenze (diritto civile)*, cit., p. 1004.

<sup>39</sup> G. OBERTO, *La famiglia di fatto. Introduzione alla «riforma Cirinnà»*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 48, 2 2019, pp. 713.

<sup>40</sup> F. AZZARRI, *Unioni civili e convivenze (diritto civile)*, cit., p. 1002. Per una rassegna della dottrina favorevole a tale soluzione v. L. BALESTRA, E. GUARDIGLI, *Profili civilistici delle convivenze*, cit., pp. 1234-5.

successivo) –, dall'altra, lo costringe ad una finzione giuridica contrastante con il significato sociale da attribuire al rapporto di fatto. Il rilievo critico, però, non si arresta ad una considerazione di corretta qualificazione della fattispecie. Attribuire all'*affectio* dei conviventi il valore di accordo contrattuale incide sull'attività ermeneutica di individuazione dei diritti e obblighi nascenti dalla fattispecie: l'interprete, chiamato a dare soluzione al caso concreto, di fronte a ciò che si pretende considerare un accordo negoziale, sarà costretto a ricercare la sua regolamentazione in comportamenti che dal punto di vista dichiarativo sono (almeno in alcuni casi) inespressivi di un'effettiva volontà in tal senso. L'ulteriore conseguenza sarà quella di compiere sul rapporto negoziale un'attività di integrazione particolarmente creativa, attraverso l'utilizzo di clausole generali – la buona fede oggettiva *in primis* – che però non saranno vincolate ad un programma contrattuale definito. Diversamente, la presa d'atto dell'estraneità degli effetti della convivenza al paradigma volontaristico obbliga ad una maggiore prudenza nella costruzione dei diritti e obblighi da questa nascenti, in quanto richiede l'individuazione di una fonte eteronoma, sia essa letterale oppure ricavata in via ermeneutica dagli obblighi di solidarietà costituzionale, che riconnetta alla fattispecie effetti circoscritti allo specifico bisogno di tutela che l'ordinamento intende soddisfare.

La pronuncia ha avuto seguito in successivi interventi della Suprema Corte, con cui si è potuto offrire ulteriori chiarimenti in senso estensivo rispetto al grado di protezione di cui gode il convivente. Così, si è affermata l'esperibilità dell'azione di reintegrazione anche nei confronti di terzi estranei al rapporto di convivenza<sup>41</sup>. Invero, la conclusione, se guardata dal punto di vista rimediabile, non appare particolarmente innovativa. L'operatività generale delle azioni a tutela della detenzione non fa distinzioni in punto di legittimazione passiva, essendo ormai superata l'idea in passato sostenuta in dottrina, che l'estensione del potere di agire contro lo spoglio sia diversamente distribuita a seconda della natura dell'interesse del detentore (ancora cfr. Cap. II).

---

<sup>41</sup> Cass. Civ., 2 gennaio 2014, n. 7, in *Nuova giur. civ. comm.*, 7/8, 2014, p. 652, nt. di F. ESPOSITO, *Famiglia di fatto e tutela possessoria del convivente*, in *Fam. e dir.*, 7, 2014, pp. 666–671 con nota di A. RICCIO, *Azione di spoglio a favore del familiare convivente contro terzo*, in *Giur. it.*, 1, 2014, pp. 31–34 annotata da M. AURELI, *Detenzione e possesso nella convivenza di fatto: l'evoluzione giurisprudenziale* e in *Dir. fam. pers.*, 4, 2014, pp. 1330–45, nt. di F. LAI, *Osservazioni sulla situazione possessoria del convivente more uxorio*;

Meno scontata è la decisione in commento se analizzata dall'angolo visuale della struttura della fattispecie. Infatti, il caso di specie riguarda un'ipotesi di convivenza instaurata su una casa di cui il convivente "titolato" non è proprietario ma mero comodatario. Di conseguenza, il convivente *sine titulo* esercita il proprio potere di fatto nei confronti di un soggetto che è a sua volta detentore qualificato dell'abitazione, mentre il possessore mediato è colui che ha concesso l'immobile in comodato (ma il discorso può valere anche per la locazione). La difficoltà di coordinare situazioni di detenzione nascenti giuridicamente da titoli differenti – da una parte, il contratto di comodato o locazione e, dall'altra, la convivenza in sé quale espressiva di un negozio familiare – ma difficilmente scindibili sul piano fattuale, si ripercuote sulla linearità delle argomentazioni addotte dalla Corte. Infatti, da una parte, si attribuisce al convivente la posizione di co-detentore, presupponendo, in questo modo, che la convivenza determini non già un autonomo titolo di detenzione in suo favore ma piuttosto un'estensione della *causa commodati* (o *locationis*) ad un soggetto che non è parte formale del contratto ma che diventa parte sostanziale in ragione della destinazione abitativa che i contraenti hanno impresso alla causa del contratto<sup>42</sup>. Allo stesso tempo, per dare continuità alla sua precedente pronuncia, la Corte richiama il negozio giuridico di tipo familiare, attribuendo così rilevanza ad un titolo diverso da quello che ha dato vita al potere di fatto dell'originario detentore e che è estraneo alla originaria pattuizione tra proprietario e comodatario.

Resta, quindi, da chiarire il rapporto tra il contratto di godimento del bene e la convivenza e, di conseguenza, la relazione di fatto che si

---

<sup>42</sup> Questo passaggio argomentativo fa eco al consolidato indirizzo giurisprudenziale in materia di assegnazione della casa familiare al convivente non comodatario, secondo cui «il comodato di un immobile che sia stato pattuito per la destinazione di esso a soddisfare le esigenze abitative della famiglia del comodatario, da intendersi in tal caso "anche nelle sue potenzialità di espansione" [successiva alla stipulazione del contratto], va ricondotto al regime contrattuale di cui all'art. 1809 c.c. che concerne il comodato sorto con la consegna della cosa per un tempo determinato o per un uso che consente di stabilire la scadenza contrattuale»; v. Cass. Civ., Sez. Un., 29 settembre 2014, n. 20448, in *Foro it.*, 2015, 4, I, c. 1280; con riferimento alla famiglia coniugata, v. Cass. Civ., Sez. Un., 21 luglio 2004, n. 13603, in *Famiglia*, 2004, p. 867, con nt. di L. A. SCARANO, *Comodato di casa familiare e provvedimento di assegnazione in sede di separazione personale dei coniugi o di divorzio*; rispetto alla convivenza *more uxorio* v. Cass. Civ. 21 giugno 2011, n. 13592, in *Foro padano*, 2012, 1, p. 30. Per un'analisi critica dell'indirizzo giurisprudenziale cfr. R.A. ALBANESE, *L'assegnazione della casa familiare: note critiche su uso e proprietà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 33, 3, 2015, pp. 467–92.

viene a creare tra un proprietario, che è estraneo al rapporto di convivenza, e un convivente che è a sua volta terzo rispetto al contratto di comodato. Invero, la questione non pone troppi problemi sul piano possessorio: sia che si affermi l'ipotesi della co-detenzione per effetto di una sostanziale estensione ai conviventi del programma negoziale del contratto di godimento stipulato dalla parte formale sia che si mantengano distinti i diversi titoli – contratto e convivenza – che danno origine ai poteri di fatto, il risultato pratico finale sarà sempre quello di addivenire ad un'estensione della legittimazione attiva. Ciò che invece dovrebbe far propendere per una netta separazione tra i titoli che generano le rispettive vicende di detenzione (partner-contraente e partner-convivente) è la necessità, almeno sul piano concettuale, di delineare con maggior precisione i contorni di quel negozio a contenuto personale che la Corte pone a fondamento della detenzione per convivenza. La ricostruzione del titolo su cui si fonda la detenzione, come si è detto, non serve soltanto ai fini della tutela possessoria, ma anche a costruire specifici obblighi sulla casa di comune alloggio tra i conviventi. Obblighi che non attengono affatto al piano possessorio della tutela ma anzi alla situazione di diritto che ne dà origine.

Per tale ragione, è opportuno valorizzare l'argomentazione della Corte che nel qualificare come detentore il convivente del comodatario o del conduttore ripropone il fondamento del suo potere di fatto in un titolo autonomo e distinto dal contratto di godimento dell'immobile. Tale impostazione, d'altra parte, non contrasta con la possibilità giuridica di configurare un rapporto di detenzione fondato su di un interesse proprio anche nei confronti di un soggetto a sua volta detentore *ex art.* 1141, 2° co., c.c.: è, infatti, opinione consolidata a livello giurisprudenziale e autorevolmente sostenuta in dottrina<sup>43</sup> che anche il sub-conduttore o qualsiasi altra forma di sub-contratto avente ad oggetto un godimento del bene possa dar vita ad una detenzione qualificata (o se si vuole di sub-detenzione) tutelabile *ex art.* 1168, 2° co., c.c.

Infine, la sequenza giurisprudenziale si è conclusa con un'ulteriore pronuncia che rappresenta un corollario delle precedenti: la

---

<sup>43</sup> R. OMODEI-SALÈ, *La detenzione e le detenzioni: unità e pluralismo nelle situazioni di fatto contrapposte al possesso*, CEDAM, Padova, 2012, pp. 157 ss. R. CATERINA, R. SACCO, *Il possesso*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 161-2. I quali dissentono circa la possibilità (sostenuta solo dal primo Autore) che il detentore mediato conservi a sua volta un potere sulla cosa tutelabile con l'azione di spoglio. In giurisprudenza, v. Cass. Civ., Sez. Un., 06 novembre 1991, n. 11853, in *Giust. Civ.*, 1992, p. 379 e in *Foro it.*, 1992, p. 2461; Cass. Civ., 21 febbraio 1952, n. 460.

detenzione del convivente è difendibile *ex art.* 1168 c.c. anche nei confronti degli eredi del convivente deceduto<sup>44</sup>. La soluzione è coerente del resto con la natura indiretta del possesso dell'erede: una volta che si è instaurata la detenzione del convivente, la successione *ex lege* dell'erede nel possesso (mediato) del bene (art. 1146, 1° co., c.c.) – la cui tutela *ad interdicta* è addirittura anticipata ad un momento precedente alla materiale apprensione (art. 460, 1° co., c.c.) – non potrà essere fatta valere nei confronti del convivente, né in via di autotutela – che configurerebbe uno spoglio – né agendo lui stesso in via possessoria per recuperare l'esclusività della *res*<sup>45</sup>.

Più complessa, è la determinazione dei rapporti tra erede-proprietario e convivente del *de cuius* sul piano petitorio, in cui è meno chiaro quando e come, una volta cessata l'*affectio*, il primo possa tornare nell'esclusiva disponibilità dell'immobile. La questione si pone parallelamente a quella riguardante i rapporti di convivenza nel momento in cui, a seguito della crisi dell'unione, la parte provvista del titolo di appartenenza formale voglia cessare la coabitazione e tornare nell'esclusivo godimento del bene (v. *infra*).

### 1.3. Il diritto di continuare ad abitare del convivente

L'estensione della legittimazione attiva all'azione di spoglio al convivente di fatto rappresenta una conseguenza relativamente innocua se considerata a prescindere dalle corrispondenti prerogative di diritto che la stabile unione fa nascere in suo favore. Detto in altri termini, soprattutto nel conflitto tra proprietario e convivente, la tutela possessoria non costituirebbe per l'interessato un rimedio sufficiente se non fosse in grado di proiettarsi in futuro, e quindi in un momento successivo all'interruzione (volontaria o necessitata) del vincolo di reciproca

---

<sup>44</sup> Cass. Civ., 15 settembre 2014, n. 19423, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 6, p. 2052; Cass. Civ., sez. III, 27 aprile 2017, n. 10377 in *Foro it.*, 2017, 6, 1, p. 1934, in *Resp. civ. prev.*, 6, 2017, pp. 1857-71, con nt. di S. PARDINI, *Il diritto del convivente superstite a continuare ad abitare nella casa familiare dopo il decesso del partner proprietario: un dibattito* e in *Giur. it.*, 5, 2018, pp. 1089-95, annotata da E. FAZIO, *Convivenza more uxorio, abitazione comune e detenzione del partner non proprietario*. Precedenti di merito in Trib. Milano, 18 gennaio 2003, in *DeJure.it*; Pret. Roma, 29 maggio 1992, in *Giur. mer.*, 1994, p. 651.

<sup>45</sup> Già in tal senso E. CARBONE, *Possesso e detenzione nella famiglia di fatto*, cit., pp. 51-2, il quale rileva come l'imbarazzo della giurisprudenza precedente nel «sacrificare l'intimità di una stabile comunione di vita all'interesse patrimoniale ereditario» producesse decisioni oscillanti e spesso dissonanti dal dato normativo.



affezione. Sono rare le ipotesi in cui lo spoglio violento realizzato dal partner non sia accompagnato dal venir meno dell'elemento di spontaneità della coabitazione: sarebbe, dunque, estremamente precario un potere di fatto la cui tutela sia limitata alla durata del suddetto vincolo ma che venga negata subito dopo, al momento della rottura.

In generale, la questione delle prerogative che il partner non proprietario può vantare sulla casa di abitazione a seguito della cessazione del rapporto di convivenza, si presta ad una molteplicità di soluzioni la cui intensità varia, sia a seconda del tipo di diritto vantato dal partner che in base al fatto che origina il venir meno dell'*affectio*: se, cioè, la casa di comune alloggio è goduta in forza di un diritto reale o di un contratto e, ancora, se la convivenza cessa a seguito di una crisi del rapporto oppure per morte del convivente titolare.

Un'ulteriore premessa deve poi essere fatta al fine di tenere distinte le ipotesi sopra menzionate da quelle in cui la permanenza nell'abitazione del convivente affidatario trova la propria fonte in un titolo giudiziale di assegnazione della casa familiare nell'interesse della prole *ex art. 337-sexies*, il cui fondamento va ravvisato nell'adempimento dei doveri di mantenimento e assistenza genitoriali *ex art. 30 Cost.*: nonostante i suoi inevitabili riflessi sulla stabilità abitativa del convivente collocatario e del figlio naturale, la disciplina introdotta dal D. Lgs. 154/2013, non deve quindi essere letta come una diretta espressione del diritto inviolabile all'abitare, ma come una diversa declinazione del dovere di solidarietà che trova la sua origine nel rapporto di filiazione. La generalizzata operatività dell'*art. 337-sexies*<sup>46</sup> anche al di fuori delle crisi *stricto sensu* matrimoniali – quale conseguenza logica del definitivo superamento della distinzione tra figli legittimi e naturali – attribuisce rilevanza al fatto di convivere sia in quanto presupposto per la formazione dell'*habitat* familiare da preservare nell'interesse del

---

<sup>46</sup> A sancire l'applicabilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare alle coppie non coniugate è stata dapprima la Corte Cost. 13 maggio 1998, n. 166, in *Nuova giur. civ. comm.*, 5, 1998, pp. 678 ss., annotata da G. FERRANDO, *Crisi della famiglia di fatto, tutela dei figli naturali, assegnazione della casa familiare*. Tale indirizzo è stato poi recepito dalla riforma del 2006 (art. 4, 2° co., legge n. 54/2006) sull'affidamento condiviso che ha espressamente esteso l'*art. 155 quater* c.c. anche ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati. Da ultimo, la riforma del 2013 ha riunito tutte le ipotesi di crisi familiare in un'unica norma, l'*art. 337 sexies* c.c., che si occupa specificamente della prole. Per un inquadramento generale dell'istituto cfr. A. ANCeschi, *Assegnazione della casa familiare*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, UTET, Torino, 2013.

minore sia, come afferma parte della giurisprudenza, ai fini dell'opponibilità del provvedimento giudiziale di assegnazione ai terzi acquirenti<sup>47</sup>.

A parte questa rilevanza indiretta della situazione di fatto sull'assegnazione della casa familiare, quest'ultimo istituto non va confuso con gli effetti riguardanti la convivenza in sé considerata, la cui logica è quella di tutelare l'interesse abitativo dei suoi componenti a seguito della rottura volontaria dell'*affectio* oppure a causa della morte del convivente dotato del titolo di appartenenza sull'abitazione anche a prescindere dai doveri genitoriali. Per maggiore chiarezza esplicativa è opportuno tenere distinte queste due diverse modalità di cessazione dell'unione.

Con riferimento alle ipotesi in cui la convivenza si interrompe a causa di una crisi interna al rapporto affettivo, l'interesse alla stabilità del godimento abitativo del convivente non proprietario deve necessariamente essere temperato con i contrapposti interessi vantati dalla controparte, sia di natura patrimoniale che non patrimoniale. Non soltanto viene in considerazione l'esigenza di non sacrificare eccessivamente l'esercizio dei diritti economici vantati dal proprietario sull'abitazione, ma anche quella di bilanciare le esigenze personali del convivente stesso, per il quale, al pari del partner che si intende estromettere, la casa può rappresentare l'esclusiva o principale soluzione abitativa. D'altra parte, anche un bilanciamento di interessi che in ragione delle circostanze concrete voglia favorire *in toto* le prerogative del legittimo titolare del diritto sul bene non potrà mai avere come effetto quello di legittimare una modalità di estromissione idonea ad integrare lo spoglio violento, anche se perpetrata in un momento successivo alla cessazione dell'*affectio*. Una diversa soluzione finirebbe, da una parte, per svuotare di utilità l'estensione di legittimazione attiva al convivente e, dall'altra, per contrastare con il principio generale in materia di detenzione, secondo cui la cessazione del titolo non fa venir meno la situazione di detenzione e la relativa tutela<sup>48</sup>. Inoltre, con specifico riferimento

---

<sup>47</sup> Cass. Civ., 11 settembre 2015, n. 17971, in *Fam. e dir.*, 5, 2016, pp. 437-455, nt. di L. PASCUCCI, *Assegnazione della casa familiare e terzi acquirenti dell'immobile: una singolare anticipazione di tutela a favore dell'aspirante assegnatario* e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2016, pp. 247-253, annotata da M. PALADINI, *Limiti all'opponibilità del diritto dell'assegnatario di casa familiare*.

<sup>48</sup> In tal senso, Cass. civ., 01 settembre 2014, n. 18486, in *Foro it.*, 2015, 2, I, c. 563, che risolve la questione soltanto con riferimento al rapporto di locazione. Tuttavia, la soluzione può essere senz'altro generalizzata in quanto corollario del principio

all'abitazione, consentire al proprietario di agire in via di autotutela per recuperare il proprio bene, sottrarrebbe al controllo giudiziale la valutazione di liceità di condotte che l'art. 8 CEDU vieta espressamente sia per lo sfratto pubblico che per quello privato (si pensi ad es. ad uno spoglio notturno o con modalità lesive della dignità dell'interessato).

Tali esigenze sono state avvertite anche dalla giurisprudenza che, nelle pronunce sopra richiamate, ha introdotto un criterio elastico di determinazione dei modi e dei tempi in cui deve essere esercitato lo *jus excludendi*: una volta che è venuto meno il rapporto di affezione, resta a carico del soggetto che legittimamente intende rientrare nel possesso esclusivo del bene il dovere di concedere al convivente un termine congruo per la ricerca di una nuova sistemazione abitativa, da determinarsi non *a priori* ma attraverso l'applicazione del principio di buona fede e correttezza «*dettato a protezione dei soggetti più esposti e delle situazioni di affidamento*»<sup>49</sup>. Ora, il riferimento che la giurisprudenza esplicitamente fa alla tutela dell'affidamento rischia di creare confusione circa il tipo di effetto rimediabile che dovrebbe derivare dalla sua violazione. Come si è avuto modo di vedere rispetto alla vicenda di tolleranza (cfr. Cap. III, par. 2.6), la tutela dell'affidamento mira a riparare la lesione dell'interesse negativo di chi ha confidato nella coerenza di un comportamento tenuto da un altro soggetto, attraverso un rimedio che non può che essere di natura risarcitoria, stante l'impossibilità che quel comportamento possa di per sé avere effetti acquisitivi in favore dell'interessato né effetti obbligatori verso la controparte. Rispetto alla fattispecie in esame, invece, ben diversa sembra la situazione giuridica vantata dal convivente e, di conseguenza, il tipo di tutela a cui questo può aspirare. Se, infatti, la convivenza è un comportamento idoneo a costituire diritti e obblighi tra le parti e, con riferimento particolare alla casa, un diritto al godimento sulla casa di abitazione, l'applicazione della clausola di buona fede oggettiva sembra svolgere una funzione differente: la necessità di contemperare gli interessi contrapposti delle parti, alla luce delle circostanze del caso concreto, ha lo scopo di determinare in

---

secondo cui la detenzione è una situazione di fatto e quindi non dipende dalla validità o efficacia del titolo (cfr. più diffusamente Cap. II, par. 4.3).

<sup>49</sup> Il richiamo alla buona fede oggettiva dimostra ancora una volta, la capacità della clausola generale di superare i confini della sua tradizionale applicabilità nel diritto privato. In tal senso già riecheggiano le riflessioni di L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile*, 1988, pp. 154 ss. la quale registra la tendenza della «*normativa di correttezza e buona fede di insinuarsi all'interno dei restanti grandi blocchi nei quali si articola la materia privatistica*».

concreto il contenuto dell'obbligo a carico del convivente proprietario di tenere a disposizione l'alloggio anche oltre il limite della cessazione del rapporto di reciproca affezione. Così, ad esempio, l'eventuale indisponibilità di alloggi alternativi da parte del convivente *sine titulo*, contrapposta ad una maggiore capacità economica del proprietario, consentirà di imporre al secondo la concessione di un termine in favore del primo che sia idoneo a consentirgli la ricerca effettiva di un alloggio alternativo. È chiaro che la determinazione del grado di tolleranza che è legittimo imporre al proprietario è condizionata da una molteplicità di fattori concreti che soltanto il giudice del caso concreto può valutare: per esempio, l'intollerabilità della continuazione della convivenza, le condizioni economiche di ciascun convivente, le esigenze personali degli stessi in relazione all'abitazione, le condotte che hanno causato la rottura, eccetera. Una simile valutazione del contenuto obbligatorio che il dovere di solidarietà *ex art. 2 Cost.* impone in concreto alle parti non può che essere effettuata attraverso l'applicazione di una clausola generale ed elastica come la buona fede oggettiva. Se, dunque, è questo il modo in cui opera la regola di correttezza rispetto alla cessazione del rapporto di convivenza, le conseguenze sul piano rimediabile non saranno di natura squisitamente risarcitoria. Non è, infatti, un affidamento ad essere leso ma è piuttosto un vero e proprio obbligo a venire violato dal mancato rispetto del termine di tolleranza: il convivente non proprietario, dunque, non soltanto mantiene la tutela possessoria oltre la cessazione dell'*affectio* ma è anche tutelato sul piano petitorio da un diritto personale di godimento la cui efficacia è ricostruita in base alle circostanze del caso concreto.

Una volta esclusa la possibilità che il proprietario agisca in via di autotutela e che i suoi obblighi cessino *sic et simpliciter* al momento della rottura del rapporto, resta da precisare quale sia il mezzo processuale che questi potrà utilizzare in sede petitoria per recuperare l'esclusività della *res*. Affinché l'*ex partner* possa legittimamente tornare nel possesso esclusivo dell'immobile, questi potrà sicuramente esperire un'azione restitutoria che sia fondata sulla specifica *causa petendi* della cessazione della convivenza<sup>50</sup> e non su titoli contrattuali fittizi (ad es. il

---

<sup>50</sup> Si esprime in tal senso già Trib. Bologna, 14 maggio 2008, in *Obb. Contr.*, 2008, 8-9, per cui «il rilascio potrà ovviamente essere richiesto – si osserva per inciso – sulla diversa causa petendi della cessazione della convivenza che vi si svolgessa, intesa la convivenza, ovviamente, non come compresenza dei soggetti nell'immobile di per sé, ma come compresenza originata da un legame affettivo-solidaristico di fatto corrispondente, come contenuto, al vincolo coniugale».

comodato) che non siano espressivi dello specifico contenuto del rapporto di fatto familiare. Solo così, infatti, il giudice potrà condannare l'altro convivente al rilascio del bene, dopo aver valutato in concreto se quest'ultimo ha avuto un tempo sufficiente (secondo il canone della correttezza) per la ricerca di un alloggio alternativo. Soltanto dopo essersi dotato di un titolo esecutivo il proprietario potrà agire per il rilascio del bene da parte del convivente.

Queste conclusioni, che vanno sempre più consolidandosi in giurisprudenza, non sono state intaccate dalle novità introdotte con la legge Cirinnà: il conflitto che si viene a creare tra i conviventi sulla casa di abitazione a seguito della cessazione del vincolo affettivo è rimasto sprovvisto di una regolamentazione specifica. L'unico riferimento da parte del legislatore a tale questione viene fatto riguardo all'ipotesi di recesso unilaterale dal contratto di convivenza per cui si stabilisce che *«nel caso in cui la casa familiare sia nella disponibilità esclusiva del recedente, la dichiarazione di recesso, a pena di nullità, deve contenere il termine, non inferiore a novanta giorni, concesso al convivente per lasciare l'abitazione»* (co. 61, art. 1, l. 76/2016). Si tratta, però, di una disposizione che resta estranea all'ipotesi di convivenza di mero fatto in quanto è subordinata alla stipulazione di un contratto scritto.

L'assenza di una specifica regolamentazione da parte del legislatore non pone quindi problemi di ragionevolezza tra quanto previsto dal diritto vivente e dalle convivenze regolate dalla legge. Anche a voler ipotizzare una nozione giurisprudenziale di convivenza atipica e più estesa – in quanto fondata sulla nozione aperta di formazione sociale (v. *supra* par. 1.) – il risultato applicativo non farà emergere una incoerente disparità di trattamento. Al più il termine di novanta giorni fissato dal legislatore per le ipotesi di recesso dal contratto di convivenza può costituire un parametro normativo di confronto per determinare, nelle convivenze di fatto non regolate da alcun accordo, il congruo termine minimo imposto dalla clausola di buona fede per esercitare il diritto di escludere il partner non proprietario. Tuttavia, una simile interpretazione, per quanto ragionevole in termini pratici, contrasta con la scelta implicita del legislatore di imporre il termine di tolleranza soltanto in presenza di un accordo. Ad ogni modo, nulla esclude che dalla valutazione delle circostanze del caso concreto il giudice non possa determinare in base alla valutazione *ex fide bona* un termine superiore giustificato dalla particolare situazione di debolezza del partner estromesso e

dalla possibilità economica e personale dell'altro partner di sopportare il termine di tolleranza impostogli.

Per quanto riguarda la tutela del coniuge superstite, invece, fino all'introduzione della legge Cirinnà, il problema è stato affrontato in modo episodico dalla giurisprudenza, attraverso l'applicazione estensiva di disposizioni speciali introdotte a tutela dei coniugi. Si è già più volte ricordato come, in forza dell'interpretazione costituzionalmente orientata della Corte costituzionale, l'art. 6, 1° comma, della legge 27 luglio 1978, n. 392, attribuisca il diritto di successione nel contratto di locazione al convivente di fatto al momento della morte del partner (oltre che all'affidatario di prole naturale in luogo del conduttore-convivente che ha cessato precedentemente il rapporto di coabitazione). La legge 76/2016 non soltanto ha recepito tale indirizzo costituzionale in un'apposita disposizione (co. 42-3) ma ha introdotto un istituto generale riguardante il convivente superstite (co. 42), il quale «*in caso di morte del proprietario della casa di comune residenza [...] ha diritto di continuare ad abitare nella stessa per due anni o per un periodo pari alla convivenza se superiore a due anni e comunque non oltre i cinque anni*». Tuttavia, l'operatività di tale disposizione, da una parte, è destinata a decadere in caso di abbandono della casa da parte dell'interessato o di instaurazione di un nuovo rapporto affettivo, matrimonio, unione civile o convivenza di fatto (co. 43) e, dall'altra, è limitata alle forme di convivenza, per così dire, "paraconiugale" a cui si riferisce la nozione adottata dal legislatore (cfr. *supra* par. 1.). Resta, infine, priva di espressa regolamentazione l'ipotesi di morte del convivente comodatario, il quale non determinerà né una successione contrattuale *ex lege* né la nascita di un diritto di godimento opponibile al proprietario comodante<sup>51</sup>.

La disposizione prosegue aggiungendo che «*ove nella stessa [casa] coabitino figli minori o figli disabili del convivente superstite, il medesimo ha diritto di continuare ad abitare nella casa di comune residenza per un periodo non inferiore a tre anni*». È interessante notare che il rapporto di filiazione rilevante per far sorgere il diritto sull'alloggio è solamente quello intercorrente con il convivente superstite. In questo modo, la norma determina un'estensione della solidarietà familiare anche a soggetti – il convivente defunto e, per successione, i suoi eredi – che non sono legati ad un vincolo parentale con il figlio del convivente. Detto altrimenti, la

---

<sup>51</sup> Non serve, dunque, nel silenzio del legislatore, scomodare l'art. 1811 c.c. che in caso di morte del comodatario consente in ogni caso al comodante «*benché sia stato convenuto un termine, [di] esigere dagli eredi l'immediata restituzione della cosa*».

previsione di un termine minimo più elevato per la continuazione del godimento abitativo in favore del convivente e del figlio non trova la sua ragione fondativa nella responsabilità genitoriale in senso stretto ma piuttosto nella necessità di soddisfare il bisogno abitativo dei soggetti legati all'alloggio: in linea con la connotazione sociale del diritto all'abitazione, il legislatore accorda una garanzia maggiore laddove in concreto vengano in considerazione soggetti più esposti sul piano socio-economico. Gli obbligati non vengono però individuati in base al loro *status* – e dunque in base a regole di diritto di famiglia, fondate sulla responsabilità genitoriale o parentale – ma in ragione dello stabile legame di fatto che l'interessato ha instaurato con il bene di cui i primi sono proprietari<sup>52</sup>: la *ratio* della disposizione, pur essendo apparentemente affine a quella dell'istituto dell'assegnazione *ex art. 337-sexies*, in realtà mira a tutelare l'abitante in quanto tale senza distinzioni di ragione dello *status*.

In tutti i casi in cui non sia applicabile – *ratione temporis*<sup>53</sup> o *ratione materiae* – la nuova disciplina sopra richiamata, il diritto nascente dalla convivenza che dà vita alla detenzione qualificata è destinato ad estinguersi con la morte del partner. Ciò non significa che l'estinzione possa consentire agli eredi che legittimamente vogliano rientrare nell'esclusività del bene di agire in via di autotutela e senza concedere all'interessato un termine congruo idoneo a preservare la propria stabilità abitativa. Pur non operando il diritto successorio introdotto per i conviventi dalla legge del 2016, la Cassazione estende il dovere di correttezza e buona fede imposto all'*ex* convivente proprietario anche all'erede che succede nella sua posizione (cfr. *supra*). In questo caso, il criterio di bilanciamento introdotto dalla regola di buona fede ad integrazione degli obblighi di protezione della parte debole del rapporto sarà parametrato alle contrapposte esigenze del convivente superstite e dell'erede, al fine di determinare il termine più adeguato all'esercizio della pretesa restitutoria, che consenta effettivamente al primo di trovare un'altra sistemazione (anche in considerazione della sua capacità economica) e di non sacrificare eccessivamente gli interessi patrimoniali e personali del

---

<sup>52</sup> Ringrazio la professoressa C. FAVILLI per l'interessante confronto e l'utile spunto sul tema.

<sup>53</sup> In tal senso Cass. civ., sez. III, 27 aprile 2017, n. 10377, cit., in cui la Corte applica il criterio della buona fede e correttezza per la determinazione del termine di continuazione del godimento abitativo anche agli eredi, non essendo applicabile *ratione temporis* la disciplina della l. 76/2016.

secondo. Non è quindi corretto dire – come fa la Cassazione nella fretta di negare il diritto di cui al comma 42, art. 1, l. 76/2016 – che il diritto di godimento che fonda la detenzione del convivente si estingue. La posizione del convivente defunto, invero, in qualche modo succede in capo agli eredi in quanto è idonea ad imporre a questi doveri di solidarietà analoghi a quelli imposti al convivente proprietario, che non vengono meno con la sua morte e che, quindi, si trasmettono fino al momento dell'esercizio delle facoltà restitutorie da parte dei primi.

Questa soluzione, apprezzabile per l'intento di voler mantenere comunque un controllo giudiziale sull'esercizio potenzialmente sproporzionato dello *jus excludendi*, se vagliata alla luce della sua coerenza sistematica con le garanzie costituzionali, appare in realtà insoddisfacente. Come emerge dalle considerazioni che precedono, infatti, il diritto del coniuge superstite e del figlio di continuare ad abitare nella casa del *de cuius* trova la sua *ratio* fondativa nell'esigenza di garantire la preservazione del godimento abitativo a soggetti che hanno instaurato un legame di fatto stabile, duraturo e abituale con l'alloggio. Se, dunque, anche rispetto a questa vicenda successoria, l'intento del legislatore è analogo a quello posto a fondamento del diritto di successione nel contratto di locazione, è legittimo prendere in considerazione i medesimi argomenti a suo tempo spesi dalla Corte costituzionale per affermare l'illegittimità dell'esclusione del convivente dal novero dei successori nel contratto di locazione. L'inapplicabilità del comma 42 per le forme di convivenza escluse dall'ambito di applicazione della legge ripropone gli stessi problemi di irragionevolezza avanzati con riferimento all'art. 6, 1° co., l. 392/1978 dalla Corte costituzionale, stante la medesima «*contraddittorietà logica della esclusione di un convivente dalla previsione di una norma che intende tutelare l'abituale convivenza*»<sup>54</sup>: senza che vengano in considerazione questioni riguardanti l'opportunità di una parificazione di *status* differenti, nondimeno appare comunque irragionevole limitare l'ambito di applicazione del diritto soltanto ad alcune tipologie di convivenza – vale a dire quelle di cui alla definizione del comma 36 – qualora in concreto sia ravvisabile, anche per le tipologie escluse, un legame con l'alloggio parimenti stabile e duraturo. Una tale diversità di trattamento, è il caso di ribadirlo, non discenderebbe dal mancato rispetto del principio di eguaglianza tra modelli di convivenza che il legislatore – nella sua discrezionalità politica – ha voluto mantenere distinti, ma

---

<sup>54</sup> Corte Cost., 07 aprile 1988, n. 404, cit., per l'analisi delle argomentazioni della Corte si rinvia a Cap. IV, par. 2.



nell'irragionevole disparità con cui si sceglie di tutelare il medesimo bisogno abitativo costituzionalmente inviolabile.

## 2. Detenzione abitativa e tutela possessoria

Le riflessioni che precedono prestano il fianco ad una considerazione più generale del rapporto che intercorre tra la funzione abitativa, a cui si rivolge il potere di fatto esercitato dal detentore, e l'estensione della relativa tutela possessoria. L'itinerario giurisprudenziale che si è sviluppato in materia di convivenza, infatti, suggerisce la propensione generale dell'ordinamento a superare i limiti di operatività che il legislatore delinea con riferimento agli strumenti di tutela interdittiva in favore del detentore del bene. La questione riguarda non soltanto l'azione di reintegrazione, che come abbiamo visto viene testualmente esclusa per la detenzione esercitata per ragioni di servizio o di ospitalità (art. 1168, 2° co., c.c.), ma anche l'azione di manutenzione che *ex art.* 1170 c.c. può essere proposta soltanto dai possessori di beni immobili, che lo abbiano acquisito da oltre un anno in modo continuo, non interrotto, pacifico e pubblico.

Per quanto riguarda l'azione di spoglio, è opportuno domandarsi se la stessa funzione abitativa, che consente di elevare al di sopra della mera ospitalità le forme di coabitazione familiare costituzionalmente protette, possa essere rinvenuta anche in alcuni rapporti di servizio in cui il godimento del bene da parte del detentore non rappresenta soltanto un comportamento accessorio al corretto adempimento della prestazione oggetto del servizio, ma assolve ad un'esigenza abitativa che sorge proprio in relazione al particolare tipo di attività che viene richiesta al soggetto incaricato di quel servizio. Il problema si è posto già in passato per la figura del portiere, il cui rapporto lavorativo prevede in alcuni casi anche la dotazione di un alloggio da adibire ad abitazione del lavoratore e della sua famiglia (cfr. ad esempio art. 20, co. 3 e 7, C.C.N.L. del 12 novembre 2012). Sul presupposto, tradizionalmente affermato in giurisprudenza, che l'alloggio rappresenta una parte in natura del corrispettivo attribuito al portiere per il servizio di sorveglianza e vigilanza delle parti comuni del condominio, la sua attività di godimento dell'alloggio viene conseguentemente ricondotta nella categoria delle detenzioni per ragioni di servizio<sup>55</sup>: sarebbe quindi privo di

---

<sup>55</sup> Cass. civ., Sez. lav., 04 dicembre 1990, n. 11638, per cui «la somministrazione dell'alloggio ubicato nell'edificio condominiale, ove non risulti giustificata da un diverso titolo, deve

conseguenze giuridiche lo spoglio perpetrato dall'amministratore di condominio o dai singoli condomini ai danni del portiere e dei suoi familiari<sup>56</sup>. Ora, una simile conclusione contrasta con il riferimento che, nel disciplinare il regime dell'alloggio, la contrattazione collettiva nazionale fa alle esigenze personali del portiere e, soprattutto, a quelle dei suoi familiari. Le garanzie previste alla persona del lavoratore, invero, si fondano sul riconoscimento di un collegamento funzionale tra servizio di portierato e abitazione che deve essere apprezzato non già in termini di mera accessorietà ma anzi in modo biunivoco: da una parte, la residenza del portiere è funzionale all'assolvimento di un servizio di costante ed effettiva sorveglianza del condominio (elemento che la giurisprudenza considera per escludere la detenzione qualificata) ma, dall'altra, proprio la necessità di svolgere l'attività di portierato a tempo pieno e con una presenza costante, costringe il lavoratore ad insediare il proprio nucleo familiare all'interno dell'immobile dove il servizio deve essere svolto (aspetto che invece viene ignorato in sede applicativa). L'argomento non vale per tutti i beni che il portiere detiene in ragione del suo servizio, ma soltanto per l'alloggio che, per la sua specifica destinazione e, quindi, per l'esigenza abitativa che naturalmente mira a soddisfare, mette in luce l'autonomia funzionale di quella specifica attività di godimento, tale da giustificare l'applicazione della tutela possessoria<sup>57</sup>. Più precisamente, sarebbe ragionevole mantenere

---

*presumersi effettuata, in favore del lavoratore che vi dimora, al fine di svolgervi il servizio di portierato, che implica l'attività di vigilanza e custodia, alla prestazione delle quali è finalizzata la suddetta somministrazione»; v. anche i precedenti Cass. Civ., 9 maggio 1985, n. 4301 e Cass. Civ., 4 dicembre 1981, n. 6435. Diverso sarebbe, dunque, il caso di contratto di locazione stipulato tra un proprietario esclusivo dell'alloggio e il portiere, che resta regolato dalla disciplina della locazione immobiliare (v. Cass. Civ., 24 ottobre 1995, n. 11068). Cfr. A. CARRATO, A. SCARPA, *Le locazioni nella pratica del contratto e del processo*, Giuffrè, 2010, pp. 44-5.*

<sup>56</sup> Si veda in tal senso, anche se nel caso di specie lo spoglio riguardava soltanto la guardiola del portiere e non il suo alloggio, il principio generale di Trib. Milano, 2 aprile 1992, secondo cui «*la detenzione di un immobile dovuta a ragioni di servizio o di ospitalità, o comunque fondata sul cosiddetto precario, in quando dovuta alla mera tolleranza dell'avente diritto, e revocabile, quindi, in ogni momento ad nutum del medesimo, non può legittimare il detentore all'esercizio dell'azione di spoglio neppure nel caso in cui la violazione del possesso provenga da un soggetto diverso dal possessore dell'immobile, poiché la valutazione dell'opportunità di esperire o meno l'accennato rimedio è sempre riservata all'esclusivo apprezzamento del soggetto titolare della situazione che forma oggetto della tutela possessoria, a cui il rimedio è preordinato*». Più risalente, Pret. Napoli, 27 settembre 1961, in *Temi nap.*, 1962, I, 336.

<sup>57</sup> L'opinione è sostenuta da G. LIOTTA, *Situazioni di fatto e tutela della detenzione*, cit., pp. 64-6. Sembra aderire anche P. CABELLA PISU, *Azioni possessorie*, cit., p. 72.

distinte quelle parti dell'edificio condominiale che il portiere utilizza esclusivamente per adempiere al servizio – come, ad esempio, alla guardiola – e l'alloggio, la cui funzione non si esaurisce nell'adempimento della prestazione ma, al contrario, soddisfa esigenze proprie del detentore. Il fatto di estendere la tutela possessoria, beninteso, non significa attribuire al portiere, sul piano petitorio, particolari prerogative di conservazione del godimento abitativo oltre il termine di cessazione del rapporto di portierato – in modo analogo a ciò che accade in materia di convivenza *more uxorio* (v. *supra* par. precedente) – ma semplicemente di negare la liceità di una condotta di autotutela che intenda recuperare violentemente il bene condominiale. In questo caso, infatti, proprio in ragione del rapporto di servizio, meno intenso sarà il dovere di solidarietà che potrà essere imposto dall'ordinamento.

Discorso analogo può essere fatto per il collaboratore domestico – colf o badante – qualora questo svolga la propria attività a tempo pieno e, a tal fine, viva in un alloggio prossimo alla casa del datore di lavoro o in una stanza della stessa. Com'è noto, con il termine “servizio” il legislatore del '42 intendeva far riferimento (tra le altre) proprio a questa categoria professionale<sup>58</sup>. D'altra parte, la genericità del lemma non osta in assoluto ad un'interpretazione evolutiva che voglia escludere alcune specifiche ipotesi concrete dal novero dei detentori non tutelati: in tale prospettiva, non possono essere ignorati gli evidenti interessi di stabilità abitativa che possono sorgere in virtù di un rapporto duraturo di convivenza del domestico. Anche in tal caso vale la considerazione per cui, sotto il profilo petitorio, nessuna esigenza di stabilità abitativa potrà incidere in senso estensivo sulle garanzie previste dal contratto di collaborazione domestica al momento della cessazione del rapporto. Tuttavia, per i rapporti di lunga durata, l'esclusione della tutela avverso forme di estromissione violenta appare irragionevole. Semmai, anche in questo caso, sarà necessario distinguere caso per caso, attribuendo la qualifica di detentore autonomo soltanto a colui che per la natura e la durata del rapporto abbia ricevuto dal datore di lavoro la dotazione di un alloggio esclusivo e non saltuario.

Rispetto alla legittimazione ad agire *ex art.* 1170 c.c., invece, i limiti di diritto positivo risultano ben più stringenti, in quanto non fanno riferimento a nozioni vaghe quali l'ospitalità o il servizio, ma riguardano

---

<sup>58</sup> Cfr. F. DE MARTINO, *Del possesso. Art. 1140-1172.*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (A CURA DI), *Commentario del Codice civile*, Zanichelli, Bologna, 1984, p. 107; U. NATOLI, *Il possesso*, cit., p. 315; G. LIOTTA, *Situazioni di fatto e tutela della detenzione*, cit., pp. 66-9.

categorie di legittimati ben chiare. In questa prospettiva di indagine, il problema non riguarda tanto la limitazione dell'azione contro le turbative alle sole situazioni di fatto aventi ad oggetto beni immobili<sup>59</sup>, quanto l'esclusione di qualsiasi detentore dal novero dei legittimati attivi. Le ragioni di questa scelta legislativa trovano il proprio fondamento nella centralità socioeconomica che i diritti reali assumevano durante il periodo delle codificazioni: il diritto reale ha rappresentato per molto tempo lo strumento più efficace di gestione e circolazione della ricchezza fondiaria, che si poneva alle basi di un'economia agricola capitalistica. Questa impostazione ha influenzato a cascata la diversa gradazione con cui il legislatore del '42 ha distribuito gli strumenti di tutela dei poteri di fatto, a seconda che questi siano esercitati ad immagine di diritti reali oppure di diritti obbligatori. Con la progressiva industrializzazione dell'economia moderna, la perdita di centralità del modello proprietario – la cui eccessiva tutela favorirebbe la rendita assenteista e rappresenterebbe un ostacolo alla circolazione dei mezzi di produzione – ha conseguentemente messo in luce i limiti storici di una impostazione che miri ad attribuire al possesso, in quanto potere esercitato ad immagine del diritto reale, una posizione privilegiata sotto il profilo della tutela. A ciò si aggiunge una rinnovata considerazione non soltanto economicista ma anche orientata al valore sociale e personale di determinate categorie di beni, che prescinde dalla struttura reale o obbligatoria della relativa situazione di appartenenza (cfr. Cap. I). Queste spinte hanno portato la dottrina e più di recente anche la giurisprudenza ad interrogarsi sulla legittimità – o comunque sull'opportunità in termini di politica del diritto – di mantenere inalterato l'attuale assetto delle tutele possessorie, per estendere la legittimazione ad agire contro le molestie<sup>60</sup> almeno ad alcune figure di detenzione particolarmente

---

<sup>59</sup> Invero, l'esclusione dei beni mobili può trovare giustificazione nella particolare natura del bene in relazione al tipo di condotta che l'azione mira a proteggere: il carattere della mobilità consente infatti al possessore di difendersi con maggior facilità dalle condotte di mera turbativa semplicemente allontanando il bene dalla fonte della molestia.

<sup>60</sup> A. GAMBARO, *La legittimazione passiva alle azioni possessorie*, Giuffrè, 1979, p. 163; U. BRECCIA, *Possesso e denunce nel quadro della tutela civile dei diritti*, in *Giur. it.*, 1989, p. 181. Questo indirizzo ha avuto una conferma di natura comparatistica con la riforma del Codice Civile francese (legge del 9 luglio 1975, n. 75-596) che, allineandosi alla soluzione tedesca, ha esteso anche al detentore il potere di agire in *complainte* (azione assimilabile alla nostra manutenzione) contro tutti i terzi; in questo modo viene superata l'impostazione romanista sposata originariamente dal *Code Civil* che aveva a sua volta ispirato la codificazione italiana del 1865, e lasciata inalterata dal legislatore del

rilevanti sul piano socioeconomico (conduttore di immobile urbano, affittuario, mezzadro, colono). Le proposte interpretative di espansione della tutela si differenziano per il diverso grado di rottura con il dato positivo.

Da una parte, si è cercato di valorizzare l'apertura codicistica prevista in materia di locazione immobiliare dall'art 1585, 2° co., c.c. che fa «*salva al conduttore la facoltà di agire [contro le molestie di fatto] in nome proprio*»: è stata così progressivamente superata l'interpretazione letterale secondo cui la disposizione facendo «salva» l'azionabilità dei rimedi del conduttore esperibili in nome proprio, non determinerebbe alcun effetto estensivo dell'assetto di tutele (possessorie e petitorie) previsto dalla disciplina codicistica generale in favore del conduttore, ma anzi avrebbe lo scopo di ripetere quanto è già desumibile dalle regole generali<sup>61</sup>.

Piuttosto, al fine di recuperare una sua autonomia operativa, pare preferibile l'idea secondo cui la norma – in deroga alle regole generali – concederebbe al conduttore una tutela ulteriore di cui è sprovvisto qualsiasi altro detentore<sup>62</sup>. Ebbene, se un tempo poteva risultare suggestiva l'idea che tale disposizione servisse soltanto ad estendere al conduttore la tutela risarcitoria avverso condotte di molestia e turbativa, ad oggi, l'attuale nozione di ingiustizia del danno – che com'è noto ricomprende anche i diritti di credito e, quindi, i diritti personali di godimento – già consente, senza bisogno di disposizioni speciali, di approdare a tale risultato. È quindi sul fronte della tutela inibitoria che il legislatore ha voluto rafforzare la protezione del solo conduttore. D'altra parte,

---

1942. Altra parte della dottrina, pur favorevole *de jure condito* a tale soluzione, la considera inapplicabile sul piano del diritto positivo: cfr. A. LUMINOSO, *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento*, Giuffrè 1972, pp. 218 e 289, il quale non manca comunque di definire la scelta legislativa «*una autentica macroscopica svista*»; E. LA LOGGIA ALBANESE, *Manutenzione*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 1975, pp. 559 ss.; più di recente, A. GIUSTI, A. SCARPA, *Le azioni possessorie e di nunciazione. Artt. 1168-1172*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 267.

<sup>61</sup> Si è a tal proposito affermato che se la disposizione «*dovesse essere intesa nel senso che il locatario può utilizzare quelle azioni che, come ad esempio l'azione di reintegrazione, gli vengono accordate in altro luogo, francamente essa avrebbe tutto l'aspetto di una norma superflua*» (G. DEJANA, *La tutela del locatario per le molestie di fatto*, in *Annali triestini*, 3-4 1945, pp. 219 ss.).

<sup>62</sup> Il primo a formulare tale proposta, in vigenza del precedente codice, è stato B. DUSI, *Istituzioni di diritto civile*, ed. riveduta e aggiornata da M. SARFATTI, I, Giappichelli, Torino, 1929, p. 296; principale sostenitore con riferimento all'attuale codice, R. SACCO, *Il possesso*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 326 ss., oggi in R. CATERINA, R. SACCO, *Il possesso*, cit., pp. 377-9.

questo indirizzo ha trovato conferma in alcune pronunce più recenti della Cassazione che, pur avendo cura di accentuare il carattere eccezionale dell'art. 1585, 2° co., c.c. rispetto all'azione generale *ex art.* 1170 c.c., estende la tutela inibitoria al conduttore contro le altrui molestie<sup>63</sup>.

Invero, tale soluzione, che appare senz'altro praticabile e convincente dal punto di vista interpretativo, non soddisfa appieno per la sua scarsa capacità espansiva: il carattere eccezionale dell'art. 1585 rispetto al regime generale di tutela delle situazioni di appartenenza previsto dal Libro Terzo finirebbe per ignorare le esigenze di evoluzione socioeconomica che sono alla base dall'indirizzo in esame. L'interprete, che volesse estendere analogicamente la regola di cui all'art. 1585, 2° co., infatti, dovrebbe ricercare un'affinità causale con la locazione immobiliare che non sempre è rinvenibile in altri rapporti di detenzione altrettanto meritevoli di ricevere la medesima tutela<sup>64</sup>. In altri termini, una correzione in via interpretativa che abbia come risultato un'estensione occasionale dell'azione di manutenzione a un particolare rapporto non rappresenta una soluzione in grado di recepire quelle profonde trasformazioni nelle modalità di distribuzione e circolazione della ricchezza a cui si è fatto cenno. Ciò che genera perplessità è quindi la scelta di privilegiare una particolare categoria di detentore (il conduttore), a discapito di altre: proteggere più intensamente la detenzione in ragione del tipo contrattuale su cui si fonda invece di guardare all'interesse che l'esercizio del potere di fatto mira a soddisfare, rischia di risultare irragionevole soprattutto se, come subito si dirà, viene confrontata alla luce della prospettiva costituzionale di protezione del godimento abitativo.

Queste considerazioni hanno portato alcuni Autori a porsi in un'ottica evolutiva di maggiore rottura con il dato normativo, che mettesse in rilievo la crescente importanza assunta dalle situazioni di

---

<sup>63</sup> V. Cass. Civ., 14 ottobre 1987, n. 7609, in *Arch. locaz.*, 1988, p. 68, in cui la Corte concede l'azione senza però qualificarla formalmente come manutenzione; conformemente Cass. Civ., 26 gennaio 1995, n. 939, in *Rass. locaz. condom.*, 1995, p. 402, che pur ritenendo sussistente la legittimazione ad agire dell'attore provvede a correggerne il *nomen iuris* al fine di non incorrere nel difetto di legittimazione di cui all'art. 1170 c.c.; in questo modo la Cassazione finisce per accentuare il carattere eccezionale della disposizione posta a tutela del conduttore. Per un commento alle sentenze v. A. CHIARALE, R. CATERINA, *L'art. 1585, comma 2, c.c. e la tutela del conduttore*, in *Resp. civ. prev.*, 2, 2000, pp. 253-261.

<sup>64</sup> Così si esprimono gli stessi R. CATERINA, R. SACCO, *Il possesso*, op. loc. ult. cit., secondo cui restano «*impregiudicate eventuali estensioni analogiche, di cui saremo debitori ai sempre più numerosi interpreti dell'art. 1585, e non, invece, agli studiosi del possessore*».

detenzione sul piano socioeconomico e già recepita a livello extra-possessorio dalla legislazione speciale<sup>65</sup>, per fondare sul piano giuridico un più generalizzato riconoscimento al detentore di una tutela inibitoria piena. Ora, se è vero che considerazioni di politica legislativa non potrebbero mai essere di per sé sufficienti a legittimare un'interpretazione così antiletterale del dettato normativo, il fondamento giuridico di tale soluzione può essere oggi estratto dalle fonti di rango costituzionale: senza ignorare gli stringenti vincoli che il codice pone dal punto di vista testuale, infatti, proprio il diritto costituzionale all'abitazione offre all'interprete un parametro gerarchicamente sovraordinato alla luce del quale superare l'*impasse* dell'art. 1170 c.c., quanto meno con riferimento a quei rapporti di detenzione esercitati in funzione del soddisfacimento di un'esigenza abitativa. In proposito, già in passato la Corte costituzionale era stata interrogata sulla legittimità costituzionale dell'art. 1170 c.c. nella parte in cui non prevede l'esercizio dell'azione di manutenzione in favore del detentore: ad avviso del giudice delle leggi si tratterebbe di una discrezionalità politica del legislatore, la cui azione in questa materia non sarebbe vincolata né dal principio di parità di trattamento tra possessore e detentore (art. 3 Cost.) né al rispetto del diritto di tutela giurisdizionale *ex* art. 24 Cost.<sup>66</sup>.

Senonché, come si è visto (cfr. Cap. IV, parr. 5. e 5.1.), proprio quella discrezionalità politica invocata a suo tempo dalla Corte deve oggi confrontarsi con un parametro costituzionale ben più stringente, il cui contenuto è il frutto dell'integrazione operata dal rinvio alle fonti sovranazionali e, in particolare, all'art. 8 CEDU (come interpretato alla luce della giurisprudenza di Strasburgo), che pone a carico, tanto del legislatore quanto del giudice, l'obbligo positivo di agire per il rispetto del diritto al pieno godimento abitativo. In base alla casistica dell'art. 8 CEDU, gli Stati sono obbligati a garantire il privato contro condotte poste in essere da altri privati che risultino lesive del suo

---

<sup>65</sup> È questa la proposta avanzata da A. BELFIORE, *Interpretazione e dottrina nella teoria dei diritti reali*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 73-4; G. LIOTTA, *Situazioni di fatto e tutela della detenzione*, cit., pp. 91 ss., la cui analisi ha il pregio di mettere in evidenza come la legislazione speciale abbia progressivamente rafforzato la protezione di alcune categorie di detentori (rapporti agrari, conduttore di immobili urbani, assegnazione o occupazione *sine titulo* nell'edilizia economica e popolare, v. pp. 75-89).

<sup>66</sup> Così argomenta la sintetica motivazione di Corte Cost., 26 marzo 1990, n. 151, in *Giur. cost.* 1990, 827 e in *Foro it.*, 1991, I, c. 1625.

godimento dell'alloggio, quali le immissioni e le molestie<sup>67</sup>. Ebbene, il percorso di recepimento della giurisprudenza di Strasburgo che ha interessato l'istituto delle immissioni (v. Cap. IV, par. 2.1.) offre un importante argomento sistematico a favore della correzione dell'art. 1170 c.c.: il rispetto del diritto all'alloggio impone allo Stato di adottare un apparato rimediale idoneo a tutelare efficacemente chiunque veda pregiudicata la pienezza del proprio godimento e a prescindere dal titolo di appartenenza che questo vanta sul proprio alloggio. Tali argomenti, se trasposti in materia possessoria, offrono un efficace grimaldello interpretativo attraverso il quale superare i limiti di applicazione dell'art. 1170 c.c., da affidare non tanto al giudice ordinario quanto ad una pronuncia correttiva della Corte costituzionale: la stringente limitazione testuale, infatti, costringerebbe il giudice ordinario ad un'applicazione palesemente in contrasto con la lettera della norma e ben oltre i confini che gli sono consentiti dall'interpretazione conforme.

### 3. L'occupazione *sine titulo* a scopo abitativo

Una volta definito il modo in cui il diritto all'abitazione incide sulle situazioni di fatto fondate su un titolo di detenzione è opportuno spostare l'attenzione sulle ipotesi di maggior conflitto tra l'interesse abitativo e quello dominicale. A tal fine si farà riferimento al variegato fenomeno delle occupazioni *sine titulo* di immobile con finalità abitativa che si differenzia dalle convivenze o da altre forme di detenzione per il minor grado di relazionalità che intercorre tra il proprietario e l'abitante.

Già sul piano extra-giuridico, il fenomeno dello *squatting*<sup>68</sup> è difficilmente riconducibile all'interno di una categoria unitaria essendo molteplici le ragioni socioeconomiche che hanno portato alla sua diffusione. Gli studi di sociologia dimostrano che le occupazioni abusive possono essere distinte in varie tipologie i cui caratteri variano a seconda degli obiettivi che gli occupanti intendono perseguire caso per

---

<sup>67</sup> In particolare, cfr. Corte EDU, *Surugiu c. Romania*, 20 aprile 2004, che ha ad oggetto un'ipotesi tipica di molestia e in cui la Corte afferma la responsabilità statale per violazione dei suoi doveri di protezione del singolo.

<sup>68</sup> Il termine deriva dal verbo inglese (*to squat* che significa «accovacciarsi») (evoluzione del francese antico *esquater* «comprimere»), oggi utilizzato nel significato comune di «occupare senza averne diritto». Nel 19° sec., erano definiti *squatters* i coloni inglesi che occupavano i territori liberi dell'Australia, senza averne titolo legale (cfr. Sito Treccani, <http://www.treccani.it/vocabolario/squatter/>, ultima consultazione 20 dicembre 2019).



caso. Così alla finalità abitativa si affiancano attività di occupazione di altra natura: la finalità imprenditoriale offre l'opportunità di intraprendere un'attività economica senza la necessità di impiegare grandi risorse o eludendo gli oneri burocratici e tributari imposti dallo Stato; lo scopo conservativo, è quello di chi occupa un immobile per opporsi ad una trasformazione pianificata dall'amministrazione o comunque imposta dalla modernizzazione economica di un determinato spazio urbano; infine, è possibile rintracciare una finalità meramente politica, quella di chi occupa mosso dalla volontà di perseguire un'azione anti-sistemica e in aperto conflitto con l'autorità statale<sup>69</sup>. Tra le occupazioni a scopo abitativo, si suole inoltre fare una ulteriore distinzione: c'è chi occupa per far fronte a una situazione emergenziale, ad uno stato di assoluta povertà (cd. *deprivation based squatting*), mentre per altri individui l'occupazione costituisce soltanto una strategia alternativa per il soddisfacimento delle proprie esigenze abitative, senza che sia riscontrabile una situazione di povertà tale da rendere la condotta necessitata (*squatting as an alternative housing strategy*)<sup>70</sup>. Diversamente dalla seconda ipotesi, l'occupazione perpetrata in stato di esclusione abitativa si caratterizza per un alto grado di stigmatizzazione dei soggetti che la realizzano, dalla particolare categoria di immobili che ha ad oggetto – principalmente immobili urbani disabitati, pubblici o privati – nonché dall'insufficienza dei tentativi di accesso a sistemi di welfare idonei<sup>71</sup>. In altri termini, all'interno delle occupazioni abitative è possibile isolare condotte attuate in stringente stato di bisogno da altre per cui l'abitazione oggetto dell'illecita usurpazione rappresenta soltanto un'alternativa idonea a migliorare una condizione già sufficientemente stabile sul piano

---

<sup>69</sup> La tassonomia delle tipologie di *squatting* in base alla finalità perseguita è messa a punto da H. PRUIJT, *The Logic of Urban Squatting*, in *International Journal of Urban and Regional Research*, n. 37, 1 2013, pp. 19–45; anche in H. PRUIJT, *Le occupazioni in Europa*, in *Partecipazione e conflitto*, 1, 2012, pp. 19, ss. La ricerca è il frutto di un'analisi comparativa dei diversi movimenti di *squatting* presenti in Europa. Per un commento critico al modello v. anche G. PIAZZA, *Il movimento delle occupazioni di squat e centri sociali in Europa. Una introduzione*, in *Partecipazione e conflitto*, 1, 2012, pp. 8-9.

<sup>70</sup> Ancora H. PRUIJT, *The Logic of Urban Squatting*, cit., rispettivamente a pp. 22 e 25 per l'analisi delle diverse caratteristiche dei due modelli.

<sup>71</sup> Per un'indagine sul legame causale tra *homelessness* e *squatting* nel contesto del Regno Unito, cfr. K. REEVE, *Squatting: a homelessness issue*, 2011, secondo cui il 40% dei senzatetto occupa abitazioni sfitte, dopo aver tentato di risolvere attraverso vie alternative, pubbliche o private.

socioeconomico da non essere qualificabile come “esclusione abitativa”<sup>72</sup>: il *target* ideale di queste forme di occupazione è rappresentato dagli immobili sfitti o abbandonati, che consentono all’occupante di ridurre il rischio di reazioni da parte del proprietario e, dal punto di vista dell’opinione pubblica, di porre l’accento sull’ingiustizia sociale generata dall’inattivismo dominicale. Questi dati della realtà sociale, una volta messi in luce dagli studi sociologici, meritano di essere valorizzati sul piano giuridico attraverso strumenti che diano rilevanza sia al grado di serietà del bisogno abitativo che al conflitto tra non uso della proprietà e il diritto alla casa.

Prima di addentrarsi nelle principali problematiche di natura civilistica è opportuno guardare a come il fenomeno dell’occupazione venga regolato dall’ordinamento in generale. Per le questioni di ordine pubblico che solleva, infatti, la risposta dell’ordinamento non si è mai limitata – né in passato né con le iniziative più recenti – all’attribuzione di strumenti restitutori e riparatori a beneficio del proprietario dell’immobile, ma ha interessato anche altri settori dell’ordinamento giuridico. In tempi recenti, il legislatore ha deciso di intervenire “a monte” sul problema, attraverso una disciplina fortemente dissuasiva, che incida sull’esercizio delle facoltà di godimento del bene da parte dell’occupante *sine titulo*. L’art. 5, 1° co, del D.L. 28 marzo 2014 n. 47, e convertito con legge 23 maggio 2014, n. 80 – rubricata *Misure urgenti per l'emergenza abitativa, per il mercato delle costruzioni e per Expo 2015* (cd. Piano casa) – prevede che, in assenza di un titolo idoneo a dimostrare la regolarità dell’appartenenza, l’abitante non possa «chiedere la residenza né l’allacciamento a pubblici servizi in relazione all’immobile medesimo»<sup>73</sup>. Se, poi, l’occupazione ha ad oggetto un alloggio di edilizia residenziale pubblica il co. 1-*bis* – aggiunto in sede di conversione – prevede anche l’esclusione quinquennale dalle procedure di assegnazione di alloggi della medesima natura.

---

<sup>72</sup> Senza alcuna pretesa di esaustività circa la descrizione sociologica del fenomeno, pare comunque congeniale fare rinvio ad una proposta di tassonomia dell’esclusione abitativa – *European Typology of Homelessness and Housing Exclusion (ETHOS)* – che distingue diverse gradazioni di disagio abitativo (in ordine di decrescente intensità: *Homelessness, Housing exclusion, Adequate housing*) sulla base di tre differenti fattori di insicurezza abitativa (sociale, fisica e legale). Cfr. K. AMORE, M. BAKER, P. HOWDEN-CHAPMAN., *The ETHOS definition and classification of homelessness: An analysis*, in *European Journal of Homelessness*, n. 5, 2 2011, pp. 19-37.

<sup>73</sup> Si tratta di preclusioni che operano entrambe retroattivamente e che provocano la nullità a tutti gli effetti di legge degli «atti emessi in violazione di tale divieto».

Si tratta di una disposizione che – pure se inserita all'interno di un più generale piano di rilancio delle politiche di *social housing*<sup>74</sup> – non ha mancato di sollevare alcune critiche<sup>75</sup>, non solo sul piano pratico, per i conflitti tra istituzioni statali e parastatali che ha generato<sup>76</sup>, ma soprattutto in ragione del contrasto con la tutela costituzionale del diritto all'abitazione. In effetti, subordinare l'accesso a diritti o servizi (la residenza anagrafica, gli allacci di acqua, luce e gas) che rappresentano una condizione basilare per il pieno godimento dell'abitazione alla presenza di un titolo giuridico di appartenenza della casa, si pone in contraddizione almeno dal punto di vista teorico con la rilevanza fattuale del diritto all'abitare tutelato a livello nazionale e internazionale. Se lo Stato ha un obbligo positivo di garanzia della pienezza del godimento nei confronti del singolo, a prescindere dal titolo giuridico ma guardando soltanto al *factual link*, allora un'azione che miri a disincentivare il godimento *sine titulo* negando i servizi minimi essenziali di effettiva abitabilità dell'immobile, senza riuscire contestualmente a garantire la ricollocazione di tali soggetti, finirebbe per mettere a rischio la salute e la sicurezza abitativa di soggetti deboli che la Costituzione impone di salvaguardare a prescindere dal titolo di appartenenza. È, dunque, in questa prospettiva che deve essere letta l'introduzione, con il D.L. 14/2017, del comma 1-*quater* che consente al sindaco «*in presenza di persone minorenni o meritevoli di tutela, [di] dare disposizioni in deroga a quanto previsto ai commi 1 e 1-bis, a tutela delle condizioni igienico-sanitarie*». Tale misura, se confrontata con i contenziosi sorti in precedenza, costituisce

---

<sup>74</sup> F. DERIU, *Il «Piano Casa» del Governo Renzi: luci e ombre delle misure sull'emergenza abitativa*, in *Politiche Sociali*, 2/2014 2014.

<sup>75</sup> V. E. PONZO, *L'articolo 5 del «Piano Casa» del governo Renzi. Un dubbio bilanciamento tra esigenze di legalità e diritto alla casa*, in *Costituzionalismo.It*, 2, 2014.

<sup>76</sup> Ben noto è il caso del sindaco di Bologna indagato per abuso d'ufficio dopo aver somministrato acqua ad un immobile occupato abusivamente (v. <https://www.ilfattoquotidiano.it/2016/11/25/bologna-acqua-agli-occupanti-abusivi-gip-archivia-il-sindaco-merola-e-due-assessori/3217193/>, ultima consultazione il 9 dicembre 2019). La finalità primaria di dare assistenza igienico sanitaria ai minori e agli anziani presenti negli immobili ha portato la stessa procura prima ancora del G.I.P. a chiedere l'archiviazione dell'indagine. Analoga vicenda è quella del cardinale Konrad Krajewski, elemosiniere di Papa Francesco, che ha riattivato forzatamente la corrente elettrica di un immobile sito in via Santa Croce in Gerusalemme a Roma occupato da 420 persone, di cui 98 minorenni (<https://www.avvenire.it/attualita/pagine/elemosiniere-di-papa-francesco-riattiva-la-corrente-a-stabile-occupato>, ultima consultazione il 9 dicembre 2019).

l'implicita conferma della difficoltà pratica di far coincidere la tutela abitativa con la regolarità del titolo di appartenenza.

### 3.1. Profili di rilevanza penale dell'interesse abitativo

Un altro ambito che interessa le occupazioni immobiliari è costituito dal diritto penale, in cui il fenomeno delle occupazioni viene energeticamente contrastato dal legislatore attraverso la criminalizzazione di condotte di usurpazione anche non violenta che siano tali da privare o turbare in maniera apprezzabile il godimento di chi ha la materiale disponibilità del bene. Le fattispecie di reato di cui agli artt. 633 e 634 c.p.<sup>77</sup> confermano la volontà legislativa di perseguire quei comportamenti lesivi del bene giuridico-patrimonio.

In particolare, l'art. 633 c.p. – diversamente dalla legislazione precedente<sup>78</sup> – è una disposizione di ampia applicazione in quanto non si limita alla tutela del proprietario, ma anche di chi eserciti un mero potere di fatto sull'immobile rientrando nella nozione dell'art. 1140 c.c.<sup>79</sup>:

---

<sup>77</sup> Art. 633 c.p. – *Invasione di terreni o edifici*: «1. Chiunque invade arbitrariamente terreni o edifici altrui, pubblici o privati, al fine di occuparli o di trarne altrimenti profitto, è punito, a querela della persona offesa, con la reclusione fino a due anni o con la multa da 103 euro a 1.032 euro. 2. Si applica la pena della reclusione da due a quattro anni e della multa da euro 206 a euro 2.064 e si procede d'ufficio se il fatto è commesso da più di cinque persone o se il fatto è commesso da persona palesemente armata. 3. Se il fatto è commesso da due o più persone, la pena per i promotori o gli organizzatori è aumentata».

Art. 634 c.p. – *Turbativa violenta del possesso di cose immobili*: «1. Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, turba, con violenza alla persona o con minaccia, l'altrui pacifico possesso di cose immobili, è punito con la reclusione fino a due anni e con la multa da 103 euro a 309 euro. 2. Il fatto si considera compiuto con violenza o minaccia quando è commesso da più di dieci persone».

<sup>78</sup> È interessante notare come nell'ottica del codice Zanardelli, le occupazioni di proprietà altrui rappresentassero un fenomeno di scarso allarme sociale a cui si poteva far fronte con la semplice tutela civile. Soltanto a seguito della grave crisi sociale verificatasi a cavallo tra le due guerre mondiali, prima il legislatore speciale (art. 9, r.d. 22 aprile 1920 n. 515) e poi il codice Rocco hanno voluto sanzionare tali condotte. Cfr. F. CURI, «Occupare» o punire: tra vecchio e nuovo in tema di invasione di terreni ed edifici, in *Foro it.*, II 1997, cc. 572 ss.

<sup>79</sup> Cass. Pen., 25 novembre 2005, n. 4823, in *Riv. Pen.*, 2006, 12, 1355; Cass. Pen., 09 giugno 1988, in *Riv. Pen.*, 1989, 625. Tuttavia, sul fronte dell'individuazione del soggetto passivo, tal volta la giurisprudenza si è discostata dall'affermazione di principio che il bene giuridico tutelato sia il possesso *ex* art. 1140 c.c., e ha considerato legittimato alla querela e alla costituzione di parte civile anche il proprietario non possessore che abbia subito un pregiudizio dall'invasione (cfr. Cass. Pen., 10 luglio 1984, in *Giust. Pen.*, 1985, II, 509).

il rinvio alla norma extra-penale operato dalla disposizione non ha ad oggetto la disciplina della proprietà ma quella del possesso, andando a privilegiare la tutela dell'effettivo godimento a prescindere dalla titolarità formale. In tal modo, il reato – perseguibile a querela di parte – non andrebbe a rafforzare la posizione del proprietario rispetto alle condotte turbative della sua situazione giuridica ma, in generale, avrebbe la funzione di dotare qualsiasi possessore di un potente strumento di deterrenza che si vada ad affiancare ai rimedi restitutori e risarcitori previsti in ambito civilistico dagli artt. 1168 e 2043 c.c. In realtà, anche se il principio per com'è formulato riguarderebbe in linea teorica qualsiasi tipologia di possessore, esso è stato affermato per estendere la qualità di soggetto passivo a chi può comunque vantare una situazione di diritto a fondamento del suo potere di fatto (come, ad esempio, il conduttore che subisce l'invasione del proprietario) ma non anche, ad esempio, in favore del possessore *sine titulo* in mala fede<sup>80</sup>. Il *favor* nei confronti del proprietario, del resto, emerge in alcune pronunce in cui si è esclusa la sussistenza del reato posto in essere dal proprietario non possessore. In tale ipotesi l'invasione non sarebbe punibile per carenza dell'elemento dell'arbitrarietà o della consapevolezza circa l'altruità del bene<sup>81</sup>.

Anche sotto il profilo della condotta, le analogie con la protezione civilistica del possesso non sono poche: il comportamento penalmente rilevante è costituito dalla *invasione anche non violenta* dell'immobile altrui la quale si protragga nel tempo per una durata apprezzabile tale da risultare effettivamente rivolta all'occupazione del bene ovvero a trarne in altro modo un profitto<sup>82</sup>. Non si rientrerebbe invece nella nozione di invasione ogniqualevolta il soggetto sia già in possesso del bene e, semplicemente, si rifiuti di interrompere il godimento su richiesta del legittimo titolare del diritto<sup>83</sup>. L'elemento materiale del reato di cui

---

<sup>80</sup> C. BACCAREDDA BOY, S. LALOMIA (a cura di), *Invasione di terreni ed edifici (art. 633)*, in *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, CEDAM, Padova, 2010, vol. VIII, pp. 891-2. R. VENDITTI, *Invasione di terreni o edifici*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1972. In giurisprudenza, v. Cass. Pen., 18 ottobre 1976, in *Giust. pen.*, 1977, II, p. 419; Cass. Pen., 10 novembre 1981, in *Riv. pen.*, 1981, p. 1002.

<sup>81</sup> Cass. Pen., 17 maggio 1988, in *Cass. Pen.*, 1990, I, p. 1304

<sup>82</sup> Cass. Pen., 08 febbraio 2011, n. 11544; Cass. Pen., 04 dicembre 2018, n. 4393.

<sup>83</sup> Cass. Pen., 30 ottobre 2018, n. 158, in *Urbanistica e appalti*, 2019, 2, p. 290. Precedenti conformi: Cass. Pen., 3 dicembre 2013, n. 51754; Cass. Pen., 21 maggio 2013, n. 40571; Cass. Pen., 5 marzo 2013, n. 15297; Cass. Pen., 1° dicembre 2011, n. 5585;

all'art. 633 c.c., quindi, sarebbe sovrapponibile almeno in parte alla condotta di spoglio, attraverso la quale l'autore si impossessa del bene senza che vi sia (né prima né durante l'azione) alcuna forma di collaborazione da parte della persona che la subisce: così, un comportamento di impossessamento materiale effettuato senza il consenso dell'avente diritto o a sua insaputa sarebbe rilevante sia ai fini civili che a quelli penali.

Alcuni autori hanno criticato questa scelta – di recente addirittura inasprita dal legislatore penale<sup>84</sup> – di cumulare rimedi civilistici e penalistici per una regolazione in senso più repressivo di una medesima condotta di usurpazione immobiliare: questa, in particolare, tradirebbe il carattere di *extrema ratio* assunto dal rimedio penale nell'ordinamento costituzionale<sup>85</sup> rappresentando piuttosto il retaggio di un'ideologia propria del precedente regime, il quale di fronte alla crisi socio-economica del primo dopoguerra tendeva a criminalizzare le condotte che fossero espressione di tale disagio, invece di dare risposte improntate all'intervento dello Stato e alla solidarietà tra consociati<sup>86</sup>. Inoltre, senza voler entrare in un terreno che esorbiterebbe l'oggetto della presente ricerca – vale a dire la funzione che la norma penale svolge o dovrebbe svolgere nell'ordinamento giuridico in concorrenza con gli strumenti civilistici – è opportuno ricordare che, di fronte ad una condotta di impossessamento violento o clandestino del bene, il privato può già contare sul rimedio restitutorio-risarcitorio offerto dal Codice civile. Ciò a maggior ragione se si isola il discorso con riferimento alla tutela

---

Cass. Pen., 17 giugno 2010, n. 25937; Cass. Pen., 17 giugno 2010, n. 36733, in *Riv. Polizia*, 2011, 7, 461; Cass. Pen., 14 gennaio 1998, n. 1938, in *Cass. Pen.*, 1999, 2163.

<sup>84</sup> L'attuale formulazione dell'art. 633 c.p. è il frutto di una recente modifica legislativa – art. 30 d.l., 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con modifiche, in l. 1° dicembre 2018, n. 132 – che ha provveduto ad inasprire le pene rispetto a quelle del testo originario e a inserire il riferimento ai *promotori e organizzatori dell'invasione* per sanzionare con maggior asprezza le occupazioni di natura politica.

<sup>85</sup> A. QUARTA, *Il fenomeno delle occupazioni abusive tra tutela penale e tutela civile della proprietà*, in *Politica del diritto*, n. 44, 1 2013, p. 196; EAD., *Non proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2016, p. 187.

<sup>86</sup> E. MUSCO, G. FIANDACA, *I delitti contro il patrimonio*, Zanichelli, Bologna, 2007, pp. 267-8. In tal senso anche Pret. Lacedonia 19 febbraio 1971, Foro it., Rep. 1971, che parla di «*ottuso autoritarismo fascista*». Contrario a ridurre all'ideologia autoritaria dell'ordinamento fascista la ratio fondativa della disposizione, F. CURI, «*Occupare*» o *punire: tra vecchio e nuovo in tema di invasione di terreni ed edifici*, cit., p. 573, che coglie nell'art. 633 c.c. «*l'ispirazione ai canoni di una società capitalista, dove la tutela della proprietà privata rappresenta uno dei presupposti essenziali*».

dell'appartenenza immobiliare: mentre infatti la mobilità del bene, mette maggiormente a repentaglio l'effettività della tutela civilistica, al punto da giustificare un'azione preventiva dell'ordinamento attraverso l'effetto deterrente della sanzione penale, per quanto riguarda l'immobile, il proprietario che attivamente controlla e gestisce il proprio bene potrà reagire alle condotte di altrui impossessamento senza un rischio effettivo per la realizzazione della tutela reintegratoria.

Anche sulla scorta delle critiche dottrinarie, alla sopravvivenza operativa dell'art. 633 c.p. si è accompagnato un tentativo di restrizione del suo ambito di applicazione attraverso un progressiva apertura – soprattutto da parte della giurisprudenza di merito – alla considerazione del significato sociale che in concreto assumono singoli casi di occupazione: così si è iniziato a fare gli opportuni *distinguo* andando a ricercare le specificità dell'occupazioni a scopo abitativo, delle occupazioni di azienda o dei luoghi universitari<sup>87</sup>. Questa rinnovata considerazione del fenomeno dell'occupazione *sine titulo* immobiliare è stata accolta con maggiore resistenza da parte della giurisprudenza di Cassazione la quale, per i limiti strutturali della sua cognizione, fatica a recepire le esigenze di bilanciamento del bene giuridico tutelato come emergenti dalla concretezza delle dinamiche socioeconomiche<sup>88</sup>. I tentativi di restrizione dell'ambito di operatività della fattispecie si sono mossi in diverse direzioni, alcuni orientati ad un ripensamento degli elementi interni alla fattispecie – e in particolare quello dell'arbitrarietà o dell'elemento soggettivo del reato – e altri diretti invece a far leva su circostanze che giustificchino esternamente la condotta dell'agente senza negare la sua astratta corrispondenza alla fattispecie incriminatrice<sup>89</sup>. Ai fini del presente studio, merita particolare attenzione questo secondo filone ermeneutico che per la densità assiologica dei suoi argomenti ha

---

<sup>87</sup> Sulle occupazioni di aziende e università cfr. A. QUARTA, *Il fenomeno delle occupazioni abusive tra tutela penale e tutela civile della proprietà*, cit., pp. 185-7. V. anche C. BACCAREDDA BOY, S. LALOMIA (A CURA DI), *Invasione di terreni ed edifici (art. 633)*, cit., pp. 918-25.

<sup>88</sup> Si interroga sulle ragioni di tale divario tra merito e legittimità A. MEREU, *La configurabilità dello stato di necessità nelle ipotesi problematiche di necessità economica e abitativa*, in *Cassazione penale*, n. 48, 3 2008, pp. 1026-7.

<sup>89</sup> Da ultimo si veda Cass. Pen., 22 ottobre 2018, n. 48050, *inedita*, per cui l'autorizzazione ad accedere all'immobile da parte di un soggetto non legittimato secondo le regole di diritto civile o amministrativo è sufficiente a escludere la rilevanza penale dell'invasione.

raggiunto con maggior facilità anche la giurisprudenza di massimo grado.

La casistica interessa, infatti, le occupazioni a scopo abitativo in cui si è ritenuto che la condotta di invasione e successiva occupazione dell'immobile pur se astrattamente configurabile come un reato di cui all'art. 633 c.p. debba essere ritenuta scusabile qualora sia commessa in stato di necessità ai sensi dell'art. 54 c.p.: risulta decisivo ai fini dell'assoluzione, l'argomento dell'inviolabilità del diritto all'abitazione – già elaborato dalla Corte Costituzionale (cfr. Cap. IV, par. 2.) – che consente di ampliare la nozione di «*danno grave alla persona*», nei casi in cui a fronte di una situazione di particolare e contingente debolezza socioeconomica, pur in assenza di una minaccia all'integrità fisica, l'interessato sia costretto a soddisfare urgentemente il primario bisogno abitativo, suo o della sua famiglia. Già in passato, infatti, si era tentata la via dell'espansione operativa dell'art. 54 c.p. attraverso un'interpretazione che equiparasse allo “stato di necessità” il diverso concetto di “stato di bisogno” al fine di giustificare condotte che, attraverso la commissione del reato, mirassero a far fronte a una generica situazione di indigenza economica<sup>90</sup>. Ma un simile argomento si scontrava con i rigidi requisiti dell'*attualità* e dell'*inevitabilità altrimenti* del danno e con la difficoltà più generale dell'indeterminatezza del grado di prossimità che la condizione di bisogno dovrebbe avere rispetto al danno affinché la condotta del reo possa dirsi effettivamente giustificata. Ciò spiega la netta chiusura della Cassazione ad accogliere tale prospettiva<sup>91</sup>.

Solo attraverso una rilettura costituzionalmente orientata del concetto di danno alla persona di cui all'art. 54 c.p. si è potuto superare la sua portata restrittiva nel rispetto della legalità penale: non solo la vita e l'integrità fisica in senso stretto ma anche la salute e, a certe condizioni, il diritto ad un alloggio<sup>92</sup>, rappresentano situazioni della persona

---

<sup>90</sup> E. VENAFRO, *Stato di necessità e diritto all'abitazione*, in *Diritto penale e processo*, 2004, 6, pp. 720 ss.; in giurisprudenza, Pret. Lecce-Gallipoli, 16 marzo 1995, in *Riv. pen.*, 1996, p. 1362; Pret. Roma, 30 novembre 1969, *Arch. Pen.*, 1970, II, 420; Pret. Genova, 28 gennaio 1991, in *Mass. Cass. Pen.*, 1991, 1139.

<sup>91</sup> Cfr. Cass. Pen., 12 ottobre 1995, in *Giust. pen.*, 1996, II, 651; Cass., Sez. III, 6 luglio 1982, in *Cass. Pen.*, 1984, 84; Cass. Pen., 15 ottobre 1979, in *Cass. Pen.*, 1981, p. 1274.

<sup>92</sup> Cass. Pen., 19 marzo 2003, n. 24290, in *Dir. Pen. e Processo*, 2004, 6, 719, con nota di E. VENAFRO, *Stato di necessità e diritto all'abitazione*, in cui la Corte afferma per la prima volta che nella tutela dell'art. 54 c.p. «rientrano anche situazioni che minacciano solo indirettamente l'integrità fisica ovvero che attentano, in via ancor più generale, alla complessa sfera dei beni primariamente collegati alla personalità. E tra questi beni si deve ricomprendere anche quello



la cui protezione costituzionale è tale da giustificare una reazione proporzionata da parte dei consociati ad eventi che ne mettano a repentaglio l'effettivo godimento. Non si tratterebbe dunque di un allentamento dei requisiti richiesti dal legislatore penale per l'applicabilità dello scriminante attraverso il vago riferimento al bisogno, quanto semmai un'espansione della sfera personale meritevole di protezione. Questo mutamento di prospettiva, che può apparire un mero espediente argomentativo per evitare un esplicito *overruling*, in realtà serve a superare le criticità poste dallo stato di bisogno e maggiormente avvertite dalla Cassazione, vale a dire il rischio per la certezza giuridica e l'eccessivo sacrificio dell'interesse economico della persona offesa. Il fatto di radicare l'interpretazione di clausole indeterminate come quella di "danno grave" al filtro selettivo dei diritti costituzionali consente una espansione *controllata* della sua operatività che impone al giudice di confrontarsi con la rilevanza che in concreto assume nella vicenda la sfera costituzionalmente protetta della persona: oltre a questa prima funzione di filtro che già altrove è valsa a superare le barriere della legalità formale<sup>93</sup>, il riferimento al diritto all'abitazione consente di effettuare una ponderazione maggiormente certa degli elementi dell'art. 54 c.p. – attualità, inevitabilità altrimenti – e, in ultima istanza, della necessaria proporzione tra il bene giuridico protetto dalla fattispecie incriminatrice e quello garantito dalla causa di giustificazione<sup>94</sup>.

In realtà, come dimostra l'esiguità in termini numerici delle successive soluzioni assolutorie, la portata potenzialmente dirompente del principio di diritto introdotto dalla Cassazione del 2003 non ha trovato grande seguito: senza negare l'applicabilità in astratto del diritto all'abitazione, nondimeno la giurisprudenza ha recuperato il suo rigore

---

*connesso all'esigenza di un alloggio, rientrando tra i bisogni primari della persona, in conformità dei principi costituzionali che riguardano la persona umana e i diritti a questa inerenti.*

<sup>93</sup> Il riferimento è alla vicenda del danno non patrimoniale che ha interessato anche il diritto all'abitazione consentendo di estendere la risarcibilità anche nelle ipotesi in cui la lesione non ha prodotto un danno alla salute accertabile (cfr. Cap. IV, par. 2.1.). In generale, sul rapporto tra riserva di legge e diritti inviolabili v. E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e responsabilità civile*, in *Enciclopedia del Diritto. Annali*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 17-18.

<sup>94</sup> Così Cass. Pen., 19 marzo 2003, n. 24290, cit., aveva puntualizzato come «*nel momento in cui si giustifica un'interpretazione estensiva del danno grave alla persona, nel contempo più attenta e penetrante deve essere l'indagine giudiziaria diretta a circoscrivere la sfera di azione dell'esimente ai soli casi in cui siano indiscutibili gli elementi costitutivi della stessa – necessità e inevitabilità – non potendo i diritti dei terzi esser compresi se non in condizioni eccezionali, chiaramente comprovate.*».

interpretativo quando si è trovata a dover dare maggior definizione a quelle *eccezionali e comprovate circostanze* per le quali il danno grave possa dirsi attuale, altrimenti inevitabile nonché proporzionato all'offesa arrecata<sup>95</sup>. Infatti, al netto delle censure che comprensibilmente escludono l'esimente in ragione delle carenze istruttorie circa la sua effettiva sussistenza – la cui prova per consolidata giurisprudenza è a carico di chi intende invocarla – ciò che rischia di svuotare di operatività la rilevanza del diritto all'alloggio nello stato di necessità *ex art. 54 c.p.* è la difficoltà di adattare i suoi presupposti applicativi allo specifico contenuto di questo diritto inviolabile.

Così, affermare che il pericolo non possa ritenersi attuale ogni qual volta faccia riferimento ad una situazione di disagio abitativo cronico – stante la pretesa incompatibilità logica tra “attualità” e “permanenza” – finisce per sconfessare la portata innovativa del riferimento al diritto alla casa, in quanto fa coincidere l'attualità del pericolo con l'ipotesi in cui il disagio socioeconomico ha raggiunto un'intensità tale da pregiudicare non più la stabilità abitativa ma il distinto diritto alla salute (già ricompreso, come si è detto, nella nozione di danno grave a prescindere dal riferimento alla casa). In realtà, se ci si vuole riferire all'abitazione come una situazione “finale” e non mero strumento per la tutela di altri diritti, la valutazione di attualità non può prescindere dal contenuto specifico dell'interesse all'alloggio: il pericolo della sua lesione non può manifestarsi come un evento istantaneo ma, al contrario, per sua natura è destinato a perdurare nel tempo fintanto che il soggetto non riesce, anche con un suo comportamento attivo, a reperire un alloggio alternativo stabile.

Anche sul versante dell'inevitabilità altrimenti se, da un lato, appare ragionevole accertare che il reo – anche dopo il verificarsi dell'invasione – abbia tentato di fare domanda per l'assegnazione di un alloggio popolare, dall'altra questo accertamento deve essere effettuato in concreto. Non pare, dunque, condivisibile la considerazione per cui *«alle esigenze delle persone che versano in tale stato è possibile, in via di ipotesi,*

---

<sup>95</sup> Cass. Pen., 27 giugno 2007, n. 35580, in *Foro It.*, 2007, 12, II, c. 678 e in *Cass. pen.* 2008, 3, p. 1023 annotata da A. MEREU, *La configurabilità dello stato di necessità*, cit.; Cfr. Cass. Pen., 17 gennaio 2008, n. 7183, in *Cass. Pen.*, 2009, I, 205; Cass. Pen., 11 febbraio 2011, n. 8724, in *Cass. Pen.*, 2012, V, 1747; Cass. Pen., 05 luglio 2012, n. 28115, in *Cass. Pen.*, 2013, VI, 2340.

*provvedere per mezzo degli istituti di assistenza sociale»<sup>96</sup> in quanto, una simile considerazione finirebbe per escludere a priori qualsiasi controllo di evitabilità: la possibilità del soggetto di reperire un alloggio alternativo deve dunque essere valutata in concreto e tenendo conto della idoneità delle condotte alternative a diminuire in modo significativo il pericolo di danno<sup>97</sup>.*

Infine, anche rispetto al profilo della proporzione, l'equilibrio su cui sembra assestarsi la Cassazione tra i contrapposti interessi protetti non convince fino in fondo. Ciò emerge in quei ripetuti passaggi argomentativi in cui si afferma che una visione più allentata del requisito di attualità del pericolo consentirebbe una permanente compromissione del diritto di proprietà di fatto equivalente a «un'ipotesi di esproprio senza indennizzo o, comunque, [a] un'alterazione della destinazione della proprietà al di fuori di ogni procedura legale o convenzionale» e, quindi, in contrasto con la garanzia minima della proprietà imposta dall'art. 42, 3° comma, Cost.<sup>98</sup>. Così argomentando, però, si finisce per attribuire allo scriminante un effetto giuridico del tutto differente da quello proprio di una causa di giustificazione, vale a dire quello di impedire al legittimo interessato l'utile esperibilità dei rimedi restitutori, che non vengono in considerazione ai fini della rilevanza penale dell'occupazione. Esimere un soggetto dalle conseguenze penali dell'invasione lascia completamente impregiudicate le pretese che il proprietario può vantare nei confronti dell'occupante. In tale ottica, l'argomento dell'interpretazione costituzionalmente orientata al rispetto della garanzia della proprietà appare inconfidente: non si vede, infatti, come la nozione costituzionale della proprietà dovrebbe venire pregiudicata dalla mancata applicazione della norma penale che mira a reprimere la condotta di invasione quale fatto riprovevole in sé, quindi a prescindere dall'operatività delle tutele che

---

<sup>96</sup> Così motiva Cass. Pen., 11 gennaio 2013, n.15279, in *Diritto e Giustizia online* 2013, 3 aprile; V. anche, ma per una diversa ipotesi di reato, Cass. Pen., 19 marzo 2008, n. 27049, in *Cass. Pen.*, 2009, 9, 3600.

<sup>97</sup> G. V. DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, Jovene, Napoli, 1978, p. 238, per cui l'inevitabilità richiede un accertamento non solo della ipotetica possibilità di tenere una condotta alternativa ma un vaglio concreto dell'identica o analoga idoneità di quella condotta a «porre in salvo il bene in questione».

<sup>98</sup> Cass. Pen., 30 marzo 2016, n. 12840, in *Quotidiano Giuridico*, 2016; Cass. Pen., 05 marzo 2015, n. 9655, in *CED Cassazione*, 2015; Cass. Pen., 02 luglio 2015, n. 28067, in *Quotidiano Giuridico*, 2015.

la disciplina civilistica detta agli artt. 948-51 c.c. in favore del proprietario<sup>99</sup>.

Inoltre, una ponderazione della proporzionalità dell'azione necessitata dovrebbe avere ad oggetto non già la proprietà in senso stretto quale situazione giuridica titolata ma l'effettivo godimento che, come si è visto, rappresenta il vero bene-giuridico protetto dall'art. 633 c.p. (v. *supra*). In questa prospettiva, allora, una valutazione in concreto della proporzionalità dovrebbe tener conto dell'effettivo esercizio di un godimento da parte della persona offesa: se il bilanciamento tra interesse patrimoniale e interesse personale all'abitazione ha ad oggetto due situazioni di fatto – quella protetta dall'art. 633 c.p. e quella instaurata dall'invasore – allora la valutazione di proporzione di una condotta di invasione motivata da esigenze abitative attuali e inevitabili non può prescindere dalla effettiva presenza attiva del soggetto leso nell'immobile al momento dell'invasione. Ciò consentirebbe di attribuire rilevanza al comportamento di inattività del proprietario nell'applicazione dello stato di necessità. Invero, tale circostanza è stata tal volta richiamata dai giudici di merito ma con il diverso intento di escludere internamente la sussistenza del fatto tipico, per insussistenza dell'elemento oggettivo oppure di quello soggettivo. In particolare, alcune pronunce hanno escluso il reato nelle ipotesi in cui il bene immobile oggetto dell'invasione fosse in uno stato di abbandono (o addirittura di degrado) tale da far venir meno l'arbitrarietà della condotta oppure alternativamente il dolo, in quanto tale stato di fatto sia idoneo ad alimentare la percezione di una proprietà «inesistente o comunque fortemente affievolita»<sup>100</sup>. In tali pronunce, però, la circostanza dell'abbandono non viene valutata in relazione al giudizio di proporzione dello stato di necessità ma come circostanza idonea ad escludere *in sé* l'antigiuridicità del fatto.

---

<sup>99</sup> Queste considerazioni spiegano gli isolati tentativi di pervenire ad una sospensione del rimedio restitutorio applicando il binomio stato di necessità/diritto all'abitazione in ambito civilistico attraverso l'art. 2045 c.c.; sul punto si veda soltanto Trib. Bologna, 27 marzo 2017, n. 17762 commentata da F. VESPASIANI TOSCHI, *L'occupante abusivo di un immobile può invocare lo stato di necessità ex art. 2045 c.c. per sottrarsi all'obbligo di rilascio?*, in *La responsabilità civile*, n. 4, 11 2007, pp. 920–923.

<sup>100</sup> Sul punto ancora A. QUARTA, *Il fenomeno delle occupazioni abusive tra tutela penale e tutela civile della proprietà*, cit., pp. 190-4 e la casistica citata. Di recente cfr. anche Trib. Napoli, 01 aprile 2014, n. 4752; Pretura, Messina, 19 maggio 1994, *Giur. merito*, 1995, 290. *Contra* di recente Trib. Pisa, 11 giugno 2014, *Rivista penale* 2015, 1, 86, per cui è «del tutto irrilevante, ai fini della configurabilità del reato, la circostanza che l'immobile fosse inutilizzato perché in stato di abbandono».

Non sorprende quindi la scarsa fortuna di tale indirizzo in sede legittimità, dove come si è visto le resistenze ad una rilettura in senso più garantista della norma sono maggiori.

In conclusione, è interessante rilevare come i tentativi giurisprudenziali di adattamento dell'illecito penale ai mutamenti sociali che sono alla base dell'odierno fenomeno dello *squatting* intercettino da angoli visuali differenti due aspetti parimenti essenziali del conflitto tra diritto dominicale e situazione di fatto, vale a dire il comportamento assenteista della persona offesa dal reato e il diritto all'abitazione. Il primo rappresenta un parametro alla luce del quale ampliare la nozione di danno grave e, quindi, estendere l'aria della giustificazione dei comportamenti astrattamente configurabili come fattispecie di reato: soltanto attraverso una valutazione concreta del rischio di compromissione del diritto inviolabile all'alloggio sarà possibile distinguere i casi in cui il reato è commesso in stato di assoluta *deprivation* (cfr. *supra* par. 3.) oppure per migliorare una condizione non abbastanza emergenziale da rappresentare un elemento scriminante della condotta di reato. Inoltre, una concreta ponderazione della proporzione del comportamento necessitato non può prescindere dal dare rilevanza, tra le varie circostanze concrete<sup>101</sup>, anche al fatto che il bene invaso non sia più occupato fisicamente dal proprietario-persona offesa e sia stabilmente disabitato<sup>102</sup>.

#### **4. L'occupante di un'abitazione in proprietà pubblica. Recepimento dell'art. 8 CEDU**

Nella prospettiva del diritto all'abitazione, assume particolare importanza la natura pubblica o privata del bene oggetto del conflitto tra proprietà e abitazione: soprattutto nella sua accezione sovranazionale, infatti, il diritto all'abitazione richiede al soggetto pubblico doveri di protezione ben più stringenti di quelli che possono derivare da un'applicazione diretta del diritto alla casa nei rapporti tra privati. Non si tratta di una contrapposizione apprezzabile in termini esclusivamente

---

<sup>101</sup> E. VENAFRO, *Stato di necessità e diritto all'abitazione*, cit., per cui «nell'economia della comparazione devono essere prese in considerazione anche le modalità dell'aggressione, l'intensità della minaccia e qualsiasi altra circostanza concreta da cui emerge la consistenza della posta in gioco; solo così si potrà recuperare la valutazione prognostica del giudizio occorrente per puntualizzare l'aspetto positivo dell'azione necessitata».

<sup>102</sup> In tal senso, Pretura Pizzo, 02 febbraio 1980, in *Foro It.*, 1981, II, c. 351; Pretura Firenze, 12 gennaio 1976, in *Foro It.*, 1976, II, c. 311.

quantitativi e, quindi, di diversa intensità degli obblighi che la tutela del diritto all'abitazione pone nei confronti del pubblico e del privato. Il mutamento di approccio che è imposto all'interprete e, a maggior ragione, in sede applicativa deriva dal modo in cui i diritti inviolabili vengono costruiti, soprattutto a livello sovranazionale. Il destinatario principale degli obblighi negativi e positivi imposti dalla CEDU è lo Stato, quale unico soggetto obbligato al rispetto delle norme convenzionali. Il profilo istituzionale del peculiare rapporto tra ordinamento nazionale e sovranazionale incide quindi sul contenuto sostanziale dell'art. 8, che individua nell'autorità statale il soggetto obbligato dal precetto. I riflessi del rispetto della CEDU sui rapporti tra privati sono soltanto indiretti, nella misura in cui dall'adempimento da parte dello Stato ai propri obblighi consegua una modificazione dell'assetto di interessi privati predisposto dall'ordinamento interno (cfr. Cap. IV).

Per apprezzare questa diversità di prospettiva nei fenomeni di occupazione è quindi opportuno tenere nettamente distinte la proprietà pubblica da quella privata. Nel primo caso, il conflitto riguarderà la liceità dell'agire statale in relazione all'interesse del privato abitante. Nel secondo, il conflitto tra interesse economico e interesse della persona intercorre tra due soggetti che si pongono, almeno in astratto, in una posizione di equidistanza rispetto all'ordinamento statale: quest'ultimo non è estraneo alla vicenda ma anzi si pone come il soggetto intermedio obbligato a garantire al contempo il diritto di proprietà e il bisogno abitativo. Si realizza così una relazione "triangolare"<sup>103</sup> tra proprietario, abitante e Stato il cui bilanciamento è necessariamente più complesso, in quanto implica l'individuazione di un confine mobile – perché definibile soltanto nel caso concreto – che, se superato, può portare all'insostenibile sacrificio, in alcuni casi, del diritto dominicale e, in altri, del diritto alla casa.

Questi rilievi mettono in luce le specificità procedurali degli sfratti pubblici rispetto ai quali si è sviluppata la giurisprudenza della Corte EDU per il rispetto del diritto all'abitazione, e consentiranno di controllare la compatibilità della disciplina pubblicistica che regola i provvedimenti di espulsione per occupazione senza titolo di immobili pubblici con l'ordinamento CEDU e, in seguito, di verificare in che termini le medesime garanzie di procedura e di sostanza possano essere

---

<sup>103</sup> In tal senso si esprime E. BARGELLI, *La costituzionalizzazione del diritto privato attraverso il diritto europeo. Il right to respect for the home ai sensi dell'art. 8 CEDU*, in *Europa e diritto privato*, 1 2019, pp. 51–93, in particolare p. 70.

adattate alla relazione complessa che intercorre tra abitante-Stato-proprietario (cfr. *infra* par. successivo).

Un ulteriore profilo di discontinuità riguarda l'incidenza del comportamento assunto dal proprietario di fronte all'altrui impossessamento. Mentre, infatti, il proprietario privato può essere tollerante o inerte in relazione alla materiale apprensione del bene – e ciò rileva nella qualificazione del potere di fatto – le differenze tra questi due comportamenti sono difficilmente individuabili nella giurisprudenza europea avente ad oggetto l'occupazione di proprietà pubblica. Tale diversità di approccio trova spiegazione nelle specificità del soggetto pubblico rispetto a quello privato. Innanzitutto, la difficoltà di distinguere tra inerzia e tolleranza dello Stato deriva dal fatto che i comportamenti in questione per poter essere distinti dovrebbero essere riferibili ad una persona fisica che controlla direttamente il bene<sup>104</sup>: lo Stato, al contrario, agisce attraverso una pluralità di organi e di funzionari, i cui atti e comportamenti sono imputabili al primo in virtù di un rapporto organico, che non consente di distinguere con altrettanta facilità quando un determinato comportamento del rappresentante debba essere riferito automaticamente al rappresentato. Inoltre, rispetto all'art. 8 CEDU l'inattività dell'autorità statale viene valutata non tanto per la sua idoneità a fondare un affidamento – analogamente a quanto accade per l'art. 1, I Prot., CEDU – ma in quanto questa, a prescindere dalla sua connotazione, abbia consentito l'instaurazione di un legame di fatto tale da rendere il bene una *home* meritevole di tutela. Per tale ragione, tolleranza e inerzia del soggetto pubblico tendono ad assumere un significato univoco nei confronti del privato senza che da ciò possa derivare una diversa qualificazione del potere di fatto.

Rispetto alle occupazioni di beni pubblici è possibile apprezzare una specificità già dal punto di vista procedurale. Mentre il proprietario privato che voglia tornare nel possesso esclusivo dell'immobile, stante il generale divieto di autotutela privata, non potrà di regola reagire all'usurpazione senza un'azione giudiziaria restitutoria, il soggetto pubblico è dotato – almeno per certe categorie di beni – di un potere che gli consente di agire direttamente per la rimozione di una situazione di

---

<sup>104</sup> Rileva la marginalità casistica della tolleranza della pubblica amministrazione E. CARBONE, *Tolleranza e buona fede nel possesso. Successione, accessione e cose fuori commercio. Artt. 1144-1147*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 31-2, il quale la spiega muovendo dalla natura informale della tolleranza, che mal si sposa con soggetti il cui agire è tendenzialmente formalizzato.

fatto *contra legem* – attraverso un'ordinanza di sgombero, ad esempio – senza quindi dover necessariamente ottenere in via preventiva un titolo giudiziale di natura esecutiva. In altri termini, nello sfratto pubblico il controllo del giudice è soltanto eventuale in quanto dipende dall'iniziativa dell'abitante e dalla sua possibilità concreta di accedere alla tutela giurisdizionale, mentre in quello privato, di regola l'esecuzione richiede una preventiva pronuncia giudiziale.

Tale caratteristica, invero, non riguarda qualsiasi tipo di bene pubblico ma soltanto quelli che in ragione della loro particolare natura o destinazione economico-sociale sono assoggettati al regime dei beni demaniali di cui all'art. 823, 2° co., c.c., il quale attribuisce all'autorità amministrativa il potere della loro tutela non soltanto attraverso i mezzi ordinari di difesa della proprietà e del possesso ma anche – secondo un criterio di assoluta alternatività – in via amministrativa (cd. autotutela possessoria)<sup>105</sup>. Pur senza un'esplicita previsione normativa, questo potere è generalmente esteso in via analogica anche a protezione dei beni del patrimonio indisponibile in quanto anche per questi si ripropone la medesima *ratio* di eliminare, attraverso un diretto potere di controllo e di intervento autoritativo, le situazioni che mettano a repentaglio il pubblico interesse a cui è finalizzata la gestione del bene<sup>106</sup>. Soltanto i beni del patrimonio disponibile mantengono un regime di tutela equiparabile a quello privato: una reazione diretta e immediata della P.A. volta a reagire all'occupazione *sine titulo* di un bene del patrimonio disponibile integrerebbe essa stessa uno spoglio, contro il quale l'occupante potrebbe agire *ex art.* 1168 c.c.<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> L'autotutela possessoria rappresenterebbe una particolare declinazione dell'autotutela esecutiva che, in base alla dottrina amministrativista, «*si estrinseca in attività di esecuzione non provvedimentoale intesa a raggiungere i risultati pratici che interessano all'amministrazione*» (v. G. GHETTI, *Autotutela della pubblica amministrazione*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, UTET Giuridica, Torino, 1987, pp. 80 ss.) e, quindi, in una sorta di «*esecuzione forzata amministrativa*» (v. F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, IV, Giuffré, Milano, 1959).

<sup>106</sup> Cons. Stato, 25 novembre 1991, n. 969, in *Cons. Stato*, 1991, I, 1678; Cons. Stato, 22 novembre 1993, n. 1164, in *Riv. giur. edilizia*, 1994, I, 584; Cons. Stato, 01 ottobre 1999, n. 1224, in *Cons. Stato*, 1999, I, 1590; Cons. Stato, 06 dicembre 2007, n. 6259 in *Riv. giur. edilizia*, 2008, 2, I, 517; Cass. Civ., Sez. Un., 03 dicembre 2010, n. 24563, *Foro amm. CDS*, 2010, 12, 2624 (s.m); TAR, Brescia, 09 luglio 2018, n. 665, in *DeJure.it*; TAR, L'Aquila, 04 aprile 2019, n. 195, in *Foro Amministrativo (II)*, 2019, 4, 714.

<sup>107</sup> V. Cons. Stato, 29 agosto 2019, n. 5934, in *leggiditalia.it*, per cui «*il bene pubblico ricompreso nel patrimonio disponibile dell'ente non è affatto recuperabile autoritativamente sebbene mediante l'esercizio della tutela privatistica, a mezzo delle azioni possessorie o della rei vindicatio*



Invero, questo generalizzato potere di autotutela esecutiva affinché possa incidere sulla sfera giuridica del privato deve trovare una concretizzazione normativa in leggi di settore attributive di un potere esecutivo a specifici enti incaricati della gestione del patrimonio pubblico<sup>108</sup>. Tali disposizioni nel definire in concreto l'ambito di applicazione e i limiti di operatività del potere esecutivo della P.A. consentono di delineare di conseguenza il perimetro entro il quale il privato – di fronte a un comportamento o ad un provvedimento lesivo della sua situazione di fatto – resta sprovvisto della legittimazione ad agire attraverso i rimedi possessori. In altri termini, come conferma un consolidato indirizzo giurisprudenziale, l'esperibilità dell'azione possessoria avverso la P.A. dipende dall'accertamento, non sempre agevole, della natura *iure imperii* ovvero *iure privatorum* dell'atto ablativo dell'altrui situazione di fatto<sup>109</sup>: mentre non assume rilevanza ai fini della tutela possessoria la legittimità dell'esercizio del potere amministrativo – il cui controllo è appannaggio esclusivo del giudice amministrativo – soltanto di fronte ad attività materiali assolutamente non riconducibili ad un provvedimento amministrativo, il privato potrà agire in reintegrazione; al contrario, anche di fronte ad un comportamento che sia esecuzione di un provvedimento della P.A., l'azione possessoria gli sarà preclusa con la conseguente necessità di adire il giudice amministrativo per far valere l'illegittimità del provvedimento. Per comprendere l'effettiva portata di tale indirizzo giurisprudenziale, non esente da critiche per l'eccessiva «*larghezza con cui talvolta si sono individuate potestà della pubblica*

---

*civilistica*». Cfr. anche Cons. Stato, 30 settembre 2015, n. 4554, in *Il Foro Amministrativo*, 2015, 9, 2283 (s.m).

<sup>108</sup> Sulla natura immediatamente precettiva o programmatica dell'art. 823, 2° co. e, quindi, sulla necessità o meno che il potere di autotutela possessoria sia attribuito alla P.A. da apposite norme di settore attuative del principio generale, cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike giuridica, Roma, 2018, pp. 840-1. Nel senso di escludere il carattere direttamente precettivo della disposizione, a prescindere da una disciplina settoriale attributiva del potere di autotutela, V. CAPUTI JAMBRENGHI, *I beni pubblici*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Monduzzi, Bologna, 1993, vol. 1, pp. 915-77, in particolare p. 947.

<sup>109</sup> *Ex multis* Cass. Civ., Sez. Unite, 17 aprile 2003, n. 6189, in *Guida al Diritto*, 2003, 27, 93; Cass. Civ., Sez. Un., 03 ottobre 2002, n. 14218, in *Giornale Dir. Amm.*, 2003, 1, 61; Cass. Civ., Sez. Un., 19 dicembre 1991, n. 13705, in *DeJure.it*; Cass. Civ., Sez. Un., 13 luglio 2001, n. 9544, in *Giur. it.*, 2001, 389.

*amministrazione o si sono ravvisati provvedimenti impliciti*<sup>110</sup>, è necessario guardare, ai limiti di operatività della potestà di *imperio* dell'amministrazione rispetto alla gestione e tutela dei beni pubblici.

Delle varie discipline di settore che attribuiscono poteri esecutivi di tutela e gestione dei beni pubblici, ai fini della presente indagine, pare congeniale concentrare l'attenzione sul D.P.R. del 30 dicembre 1972, n. 1035, che disciplina l'assegnazione e la revoca degli alloggi di edilizia residenziale pubblica e che, con riferimento alle occupazioni abusive<sup>111</sup>, attribuisce al presidente dell'IACP (Istituto autonomo per le case popolari) territorialmente competente (o al sindaco se la legge regionale devolve a lui la relativa competenza<sup>112</sup>) il potere di disporre il rilascio degli alloggi occupati senza titolo (art. 18, 1° co.)<sup>113</sup> con decreto che diventa esecutivo dopo una diffida di quindici giorni e l'invito all'occupante a instaurare un contraddittorio scritto (2° co.). All'ente interessato – in ossequio all'art. 823, 2° co., c.c. – è lasciata la completa libertà di scelta tra l'esercizio di questo strumento e la tutela dominicale ordinaria prevista dal Codice civile. Come si è detto, il privato che intenda opporsi al provvedimento di rilascio di cui all'art. 18 non potrà far valere la propria situazione di fatto, se non in circostanze di eccezionale irregolarità dell'attività amministrativa: la giurisprudenza, infatti, ha chiarito che l'azione *in executivis* di rilascio dell'immobile occupato senza titolo non possa essere astrattamente configurata come spoglio se non «nei soli casi in cui l'autoconfezione del titolo [esecutivo da parte della P.A.] sia

---

<sup>110</sup> P. CABELLA PISU, *Azioni possessorie*, cit., p. 80. In tal senso anche A. GIUSTI, A. SCARPA, *Le azioni possessorie e di nunciazione. Artt. 1168-1172*, cit., p. 215.

<sup>111</sup> Ai fini della presente disciplina, la giurisprudenza definisce «occupante senza titolo [...] colui che occupa l'alloggio senza poter vantare alcun titolo efficace nei confronti dell'Amministrazione, a nulla rilevando che esista invece un titolo – quale quello costituito da un contratto di sublocazione – nei rapporti con l'assegnatario originario cui l'assegnazione medesima viene revocata» (Cass. civ., Sez. Un., 22 gennaio 1991, n. 556, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 999; Cons. Stato, 22 gennaio 1992, n. 548, in Cons. Stato, 1993, I, 1051; Cons. Stato, 23 febbraio 1998, n. 327, in *Foro Amm.*, 1998, 370). Si veda anche l'art. 26 della successiva Legge 8 agosto 1977, n. 513 recante «Provvedimenti urgenti per l'accelerazione dei programmi in corso, finanziamento di un programma straordinario e canone minimo dell'edilizia residenziale pubblica».

<sup>112</sup> Cons. Stato, 10 aprile 2002, n. 1930, in *Riv. giur. edilizia*, 2002, I, 1444.

<sup>113</sup> Cass. Civ., 20 gennaio 2017, n. 1432, *Guida al diritto*, 2017, 12, 92, secondo cui «la disciplina normativa speciale dei mezzi predisposti a tutela del patrimonio immobiliare dell'ente gestore, trova fondamento proprio nella particolare natura del bene – ex art. 828, comma 2, e 830 c.c. – in quanto caratterizzata dal vincolo di destinazione funzionale alla soddisfazione dell'interesse pubblico, che giustifica pertanto, l'attribuzione all'ente gestore di speciali poteri di autotutela che si aggiungono agli ordinari rimedi di diritto privato». V. anche Trib. Messina, 27 luglio 2017, in *Arch. loc.*, 2017, 6, 704.

*affetta da consapevole, maliziosa strumentalità, resa evidente dalla conclamata assenza delle condizioni per il suo esercizio»<sup>114</sup>. In ogni caso, precisa la Cassazione, l'esclusione dalla legittimazione ad agire ex art. 1168 c.c. non sottrae al destinatario del provvedimento di rilascio la facoltà di far valere sul piano della legittimità le condizioni di diritto a sostegno della situazione di detenzione dell'immobile.*

Ebbene, una tale limitazione degli strumenti di tutela della situazione di fatto dell'occupante non sembra tale da creare un potenziale contrasto con quanto previsto dall'art. 8 CEDU: se è vero che il diritto all'abitazione fa sorgere una posizione di vantaggio tutelabile a prescindere dal titolo di appartenenza ma semplicemente guardando al *factual link* tra abitante e bene, questo non significa che la garanzia procedurale che ne discende sia talmente stringente da equiparare qualsiasi estrinsecazione dell'attività amministrativa di tutela dei beni pubblici ad un comportamento privato. Il rispetto dell'obbligo positivo imposto all'autorità pubblica dalla CEDU non si tramuta quindi in un'equiparazione tra comportamento pubblico e privato – che deriverebbe dalla negazione del potere di autotutela possessoria – ma nella creazione di più stringenti condizioni di legittimità dell'agire statale.

È sul versante petitorio – *id est* della legittimità del provvedimento di rilascio e della sua proporzionalità – che deve essere valutata la conformità dell'ordinamento italiano alla CEDU. Quali sono dunque i criteri di valutazione della legittimità del provvedimento applicati dalla giurisprudenza amministrativa? Possono questi criteri creare un contrasto pratico con quanto previsto dalla Corte di Strasburgo?

La difficoltà di dare risposta a questi interrogativi nasce dalla necessità di confrontare un unico parametro – il giudizio di proporzionalità di cui all'art. 8 CEDU – con una pluralità di discipline di settore, che regolano con diversa intensità i poteri di autotutela esecutiva della pubblica amministrazione oppure, ancora, sul versante penalistico, che introducono pene accessorie che incidono direttamente sulla disponibilità dell'alloggio da parte del destinatario della sanzione ed eventualmente dei suoi familiari. Per facilitare l'indagine si concentrerà l'attenzione sul provvedimento di rilascio previsto in materia di edilizia economica e popolare emanato dall'IACP, nella consapevolezza che, pur con qualche adattamento, le considerazioni che seguiranno possono essere adattate anche ad altri settori di intervento dell'autorità pubblica.

---

<sup>114</sup> Cass. Civ., Sez. Un., 25 novembre 2009, n. 24764, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 11, 1631; Trib. Roma, 03 febbraio 2017, n. 2212, in *DeJure.it*.

Del resto, concentrare l'indagine sulla regolamentazione delle case popolari appare particolarmente opportuno stante l'affinità di scopi perseguiti dalla regolamentazione pubblicistica da una parte, e dall'articolo 8 CEDU dall'altra, vale a dire quelli di garantire l'accesso o lo stabile godimento del bene casa.

Ebbene, di fronte ad un'occupazione *sine titulo* di un alloggio di edilizia economica e popolare, l'indirizzo giurisprudenziale consolidato del giudice amministrativo non attribuisce la dovuta importanza ad alcuni elementi sia di sostanza sia di procedura che, al contrario, sono considerati dalla Corte di Strasburgo essenziali per il giudizio di "necessità in una società democratica". Innanzitutto, sul piano sostanziale, si è affermato non soltanto (e comprensibilmente) che «*l'occupazione ed il godimento di fatto di alloggi popolari ed economici, in mancanza di un provvedimento di assegnazione, non sono idonei ad instaurare un valido ed efficace rapporto tra l'ente proprietario o gestore dell'immobile e l'occupante*» ma si è altresì precisato che «*la tolleranza, o comunque l'inerzia manifestata dall'amministrazione, pur protratta per un lungo lasso di tempo, nei confronti di una situazione di occupazione senza titolo [non] sono idonee a determinare una acquiescenza della p.a. o un legittimo affidamento per l'interessato, che siano ostativi alla emanazione degli atti necessari per il ripristino della legalità*»<sup>115</sup>. Inoltre, il tribunale amministrativo (mai smentito in sede di legittimità), rispetto agli oneri procedurali che sono imposti all'autorità per garantire un effettivo controllo della legittimità del provvedimento in relazione all'interesse che questa intende perseguire, ha ribadito in varie pronunce che «*l'azione di recupero di un alloggio alla sua funzione sociale non richiede una particolare motivazione, essendo sufficiente la mera ricognizione della situazione determinata dalla occupazione abusiva dell'alloggio*»<sup>116</sup>.

---

<sup>115</sup> TAR Napoli, 11 maggio 2004, n. 8615, *Foro amm. TAR*, 2004, 1523 (s.m.) e in *De-Jure.it* per l'intera sentenza; v. anche TAR Milano, (Lombardia) sez. I, 06 aprile 2006, n. 944, in *Foro amm. TAR*, 2006, 4, 1203 (s.m.). Sul punto v. M. CIOCIA, *Il diritto all'abitazione tra interessi privati e valori costituzionali*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2009, pp. 159-61.

<sup>116</sup> In particolare sullo sgombero di immobili ad uso abitativo, TAR Napoli, 25 settembre 2003, n. 11691, in *Foro amm. TAR*, 2003, 2715; TAR Milano, Sez. III, 21 marzo 2006, n. 666; TAR Milano, 17 gennaio 2007, n. 71, in *Foro amm. TAR*, 2007, 1, 15; TAR Roma, 03 marzo 2008, n. 1943, in *Foro amm. TAR*, 2008, 3, 739; TAR Salerno, 20 gennaio 2012, n. 80, in *Foro amm. TAR*, 2012, 1, 242; Cass. Civ., 18 giugno 1980, n. 3855, in *Giust. civ. Mass.*, 1980, 6. Più in generale, rispetto all'idea che «*per legittimare l'esercizio del potere di autotutela ... [di un bene demaniale] è sufficiente il richiamo alla perdurante occupazione sine titulo del bene pubblico*» si veda Cons. Stato, 16 ottobre 2001 n. 5461, in

Questi indirizzi si pongono in contrapposizione con la giurisprudenza europea sia sul piano procedurale che su quello sostanziale. Sotto il primo aspetto concedono all'autorità pubblica la possibilità di attuare un'ingerenza potenzialmente lesiva del diritto all'abitazione senza motivare in alcun modo l'interesse pubblico che la giustifica. La motivazione del provvedimento imposta all'autorità è funzionale secondo la logica della Corte EDU a rendere effettivo l'accesso dell'abitante al controllo di proporzionalità dell'ingerenza. Rispetto al profilo sostanziale, invece, escludere la rilevanza di un elemento essenziale per una corretta ponderazione della proporzionalità dell'ingerenza, vale a dire la tolleranza o l'inerzia dell'autorità rispetta alla situazione di abusivismo, si pone in contrasto con il *contenuto* del *right to respect for the home* di cui all'art. 8 CEDU.

Come si è detto, la rilevanza fattuale che si riconosce al godimento dell'alloggio – di cui l'inerzia dell'autorità rappresenta un presupposto – consente al giudice europeo di estendere l'ambito di applicazione dell'art. 8 a prescindere dal titolo giuridico che legittima l'appartenenza. Una giurisprudenza interna che drasticamente escluda qualsiasi considerazione di quella stessa inerzia e del conseguente radicamento dell'abitante nell'alloggio finirebbe per restringere eccessivamente la nozione di *home*. Il che non significa, come sembra suggerire il giudice amministrativo nelle sentenze in commento, che la rilevanza della fattualità debba tradursi in un'automatica legittimazione della permanenza dell'abitante nell'alloggio attraverso la costituzione di “un valido ed efficace rapporto tra l'ente e l'occupante”.

L'effetto del recepimento della Convenzione – e dei criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo – sarà quello di estendere all'ente quegli obblighi positivi che il giudizio di proporzionalità impone allo Stato in favore di chi si trova a rischio di esclusione abitativa (cfr. Cap. IV, par. 4.2): tali obblighi – diversamente da quanto si verifica in alcune pronunce riguardanti la tutela della proprietà *ex art. 1, Prot. I, CEDU* – non si traducono mai in un effetto acquisitivo di una situazione di diritto sul bene, ma si limitano a condizionare le modalità e i tempi dell'esecuzione dell'*eviction* e, qualora risulti necessario, ad imporre allo Stato l'erogazione di un servizio sociale alternativo all'abitante a rischio di *homelessness*. D'altra parte, l'inerzia dell'amministrazione nello sgombero dell'alloggio illegittimamente occupato, soprattutto quando si

---

*Giur. it.*, 2001, 395; Cons. Stato, 28 aprile 2006 n. 2398, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 4, 1174; T.A.R. Trento, 22 giugno 2011, n.177, in *Foro amm. TAR*, 2011, 6, 1869.

aggiunge ad uno stato di pregresso abbandono di quell'immobile, smentisce l'argomento secondo cui la situazione di fatto impedirebbe l'erogazione del servizio pubblico in favore di soggetti più bisognosi da parte di un'amministrazione attiva. Il comportamento di inattività assume una duplice significato quando è attuato dall'amministrazione statale: oltre a fondare l'interesse alla sua continuazione in capo al singolo, manifesta anche la colpevole assenza dello Stato nella gestione tempestiva del bene pubblico. Tale profilo emerge chiaramente nelle pronunce che applicano l'art. 1, I Prot., CEDU a fronte ad un comportamento di tolleranza colpevole da parte dello Stato (cfr. Cap. III, par. 3.2.) ma può essere riproposto anche nelle ipotesi che interessano l'art. 8 CEDU, soprattutto quando l'immobile occupato dovrebbe perseguire la medesima finalità di accesso all'abitazione.

In forza di queste considerazioni, l'approccio giurisprudenziale alla valutazione della legittimità dei provvedimenti di rilascio dell'alloggio richiede una radicale correzione, che consenta di tener conto degli obblighi di forma e di sostanza che all'amministrazione sono imposti dal rispetto del diritto alla casa. La giurisprudenza ha di recente applicato il criterio della necessità in una società democratica in altri settori del diritto, in particolare quello penale<sup>117</sup>, attraverso un'applicazione diretta dell'art. 8 CEDU e, quindi, della valutazione di proporzionalità. Anche al fine di garantire un'applicazione uniforme di questo nuovo parametro, è auspicabile che anche l'autotutela amministrativa – disciplinata in generale dall'art. 823 c.c. e concretizzata dalle varie leggi di settore – venga applicata in senso conforme alla giurisprudenza europea. Così, il privato nei cui confronti venga eseguito un provvedimento di *eviction* avrà diritto ad agire per vedere accertata la sua correttezza sul piano procedurale e la sua proporzionalità sostanziale, secondo i criteri stabiliti dalla Corte di Strasburgo.

---

<sup>117</sup> Si è già fatto riferimento – in Cap. IV, par. 5.1 – a Cass. Pen., 20 febbraio 2019, n. 15141, in *Diritto&Giustizia*, 67, 2019, p. 18, e a Cass. Pen., 19 marzo 2019, n. 17398, in *Diritto&Giustizia*, 2019, in cui la Cassazione, pur ritenendo legittima e proporzionale la pena accessoria nel caso concreto, ha applicato direttamente il criterio di bilanciamento *ex* art. 8 CEDU a un reato edilizio che prevedeva la pena accessoria dell'ordine di demolizione – ai sensi dell'art. 31 del D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 – dell'immobile adibito ad abitazione del reo.

## **5. Ipotesi di tutela civilistica dell'abitante abusivo di proprietà privata: a) proprietario tollerante**

Il fenomeno delle occupazioni di abitazioni private impone un mutamento di prospettiva nel modo in cui devono essere bilanciati i contrapposti interessi in gioco. Non si tratta soltanto di evidenziare la complessità di una relazione che interessa oltre l'occupante e lo Stato – che resta comunque coinvolto nella vicenda in quanto destinatario degli obblighi derivanti dalla tutela costituzionale dell'abitare – anche il proprietario dell'immobile. Il fatto che il titolare del diritto sul bene sia un privato incide anche sulla qualificazione giuridica del potere di fatto che, come si è detto a suo tempo, è influenzata dal comportamento assunto da colui che subisce l'appropriazione del bene senza aver minimamente cooperato per immettere nella materiale disponibilità dell'immobile l'altro individuo: la sua tolleranza escluderà l'acquisto del possesso degradando così la situazione dell'utente ad una forma precaria di godimento, mentre, al contrario, l'inerzia determinerà un progressivo rafforzamento della situazione giuridica del nuovo possessore (cfr. Cap. III, par. 2. e 4.).

In particolare, quando il potere di fatto si è instaurato con la tolleranza del proprietario l'esclusione dell'acquisto del possesso preclude all'occupante l'esperibilità dell'azione di spoglio. Un simile effetto, se visto dal lato del proprietario, equivale a garantire a quest'ultimo un potere di autotutela possessoria, che generalmente è escluso dall'ordinamento per chiunque voglia rientrare nella materiale disponibilità di un bene che gli è stato sottratto (non importa se in malafede). I margini di discrezionalità concessi al proprietario tollerante circa le modalità concrete attraverso le quali questo può rientrare nella disponibilità del proprio bene sono molto ampi: il proprietario potrà scegliere se percorrere la via giudiziale con un'azione di reintegrazione oppure alternativamente tentare di riottenere il bene attraverso una condotta materiale concretamente coincidente con uno spoglio ai sensi dell'art. 1168 c.c. e, quindi, attuate con modalità violente o clandestine, essendo il soggetto tollerato sprovvisto di qualsivoglia forma di tutela inibitoria.

È proprio rispetto all'ampiezza del potere di autotutela possessoria lasciato nelle mani del proprietario che è lecito interrogarsi sulla possibilità che in alcune ipotesi il comportamento concreto assunto dal proprietario possa risultare scorretto e quindi sanzionabile dal punto di vista dell'abusività e, quindi, dell'illiceità. Già a suo tempo si è accennato alla difficoltà di concepire all'interno della disciplina del diritto di

proprietà un controllo dell'esercizio del diritto in grado di contemperare la lesione di contrapposti interessi. Come si è visto (cfr. Cap. III, par. 2.6.), infatti, il divieto di atti emulativi *ex art. 833 c.c.*, per la sua angusta formulazione, non consente di limitare l'agire del proprietario eccetto che per quegli atti che non manifestino alcuna utilità ulteriore se non quella di nuocere l'altrui sfera giuridica. D'altra parte, le spinte dottrinali verso un ripensamento più moderno della norma, che introduca un giudizio di proporzionalità tra il risultato perseguito dall'esercizio del diritto e il contrapposto interesse leso, trovano un limite nel timore giurisprudenziale che da una svolta interpretativa di questo tipo derivi una eccessiva incertezza su quali comportamenti sono concessi al proprietario e quali no: affinché il contenuto del diritto sia sufficientemente certo, non sarebbe auspicabile l'introduzione di uno strumento valutativo dell'agire proprietario che consenta di sancirne l'abusività a seguito di un'indagine *a posteriori* del sacrificio imposto ad un soggetto terzo.

In realtà, anche volendo ammettere un'interpretazione anti-letterale dell'art. 833 c.c., la disposizione non sarebbe comunque idonea a consentire una ponderazione efficace della vicenda di cessazione della tolleranza: in questa specifica ipotesi, infatti, l'elemento di illiceità dell'atto di esclusione realizzato dal tollerante non emerge soltanto da una valutazione di sproporzione tra interessi contrapposti ma richiede un controllo più pregnante che tenga di conto del contegno precedentemente assunto dal proprietario e della sua successiva contraddittorietà (secondo lo schema comportamentale del “*venire contra factum proprium*” lesivo di un affidamento). Diversamente, il concetto di emulazione prescinde da qualsivoglia pregresso contatto (giuridico o fattuale) tra l'agente e il destinatario dell'atto e guarda soltanto al risultato finale che l'esercizio del diritto ha avuto nella sfera del danneggiato<sup>118</sup>. La vicenda della tolleranza considerata nel suo complesso, in altri termini, è idonea a instaurare tra le parti in conflitto un elemento di “relazionalità” che distanzia ulteriormente l'ipotesi in esame dalla nozione di atto emulativo. Anzi, è proprio la sussistenza di un pregresso comportamento

---

<sup>118</sup> V E. NAVARRETTA, *Il danno non iure e l'abuso del diritto*, in A. ZOPPINI (a cura di), *Attuazione e tutela dei diritti. La responsabilità e il danno, Diritto civile*, Trattato diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, Giuffrè, Milano, vol. IV, Tomo III, 2009, p. 256, secondo cui «il divieto di atti emulativi si applica a tutte le situazioni in cui manca una specifica relazionalità ab initio e non si giustifica al contempo un'immunità, sicché sul presupposto della a-relazionalità, l'esercizio del diritto si dimostra abusivo là dove l'interesse perseguito dal titolare del diritto sia radicalmente sproporzionato rispetto all'interesse leso».



di tolleranza che consente di esibire la contraddittorietà e quindi la scorrettezza di una sua repentina cessazione.

Tuttavia, proprio questa constatazione circa l'insufficienza di un criterio valutativo che si riduce alla comparazione di due interessi, senza tener quindi conto della rilevanza di un precedente contatto tra i due soggetti, consente di individuare il parametro di giudizio più idoneo a sindacare il comportamento del proprietario tollerante. Se, infatti, il concetto di emulazione si presta a regolare conflitti tra soggetti estranei ad una pregressa relazione, diversamente la correttezza, applicata in via analogica al di fuori del suo tradizionale terreno di operatività (attuazione del rapporto obbligatorio e interpretazione dei contratti), consente di effettuare un giudizio sul comportamento dell'agente più pregnante che si differenzia da quello di cui all'art. 833 c.c. in quanto presuppone la presenza di una relazionalità tra agente e destinatario del comportamento, il cui concreto svolgimento è indispensabile ai fini della comparazione degli interessi<sup>119</sup>. In questa ipotesi, il destinatario del dovere di correttezza è individuato *ab origine* al momento in cui la relazione si è instaurata e non – come avviene nella fattispecie di cui all'art. 833 c.c. – in occasione della lesione<sup>120</sup>. Del resto, l'idea che il dovere buona fede oggettiva rappresenti un principio generale dell'ordinamento che, almeno nella sua accezione di criterio valutativo, non è confinato all'interno del diritto delle obbligazioni e del contratto ma, al contrario, serve a vagliare la correttezza di qualsiasi comportamento

---

<sup>119</sup> Si veda ancora E. NAVARRETTA, op. loc. ult. cit., per cui «*nei casi in cui, viceversa, l'agente entra per ragioni giuridiche o di fatto in una peculiare relazionalità con il futuro danneggiato, allora si richiede un vaglio maggiormente rigoroso – quale quello della correttezza – più consono alla fattispecie. Risulterà, all'uopo, abusivo il comportamento che abbia sacrificato un interesse di valore superiore a quello sotteso al diritto esercitato o che nelle modalità concrete sia risultato non rispettoso della sfera di interessi con cui interagiva l'esercizio del diritto.*»

<sup>120</sup> Queste riflessioni sono coerenti con un'impostazione ermeneutica che mira a creare una sinergia tra due disposizioni settoriali – l'art. 833, da una parte, e la sequenza normativa che disciplina la regola di buona fede in senso oggettivo (artt. 1175, 1366, 1375 c.c.), dall'altra – la cui applicazione generalizzata consentirebbe di fondare un generale controllo di abusività dell'esercizio dei diritti. A tale annoso dibattito in questa sede si vuole soltanto far cenno, richiamando alcuni importanti contributi: U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1958, pp. 18–37; U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in AA. VV., *L'abuso del diritto*. Diritto Privato 1997, CEDAM, Padova, 1998, pp. 5–87; S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile*, UTET, Torino, 1987; A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Rivista di diritto civile*, n. 58, 3, 2012, pp. 297–331.

privato astrattamente ascrivibile all'interno di un *agere licere*, è un'idea ormai sempre più diffusa in dottrina<sup>121</sup>: ciò che conta ai fini della sua applicazione analogica non è, infatti, la sussistenza di un rapporto obbligatorio ma l'affinità tra lo speciale contatto assunto dalle parti nel caso concreto e uno dei modelli relazionali normativamente regolati attraverso la regola di correttezza<sup>122</sup>. Ebbene, si è già evidenziato come l'affidamento del tollerato – generato dalla contraddittorietà delle modalità concrete di esercizio del diritto di escludere del proprietario – esprima in concreto un modello di relazionalità analogo a quello disciplinato in via normativa dalla responsabilità precontrattuale (art. 1337 c.c.)<sup>123</sup>.

Queste riflessioni sembrano trovare un significativo riscontro non più soltanto da parte della giurisprudenza europea (Cap. III, par. 3.) ma anche dalla giurisprudenza di legittimità nazionale<sup>124</sup> che ha recentemente recepito il legame tra i principi di tolleranza, affidamento e buona fede nell'ipotesi di costruzione compiuta sul fondo in comunione da un comproprietario e tollerata dall'altro. Nell'estendere al caso di specie la soluzione di cui all'art. 936, 4°co, c.c. – che inibisce l'esercizio dello *ius tollendi* ex art. 934 c.c. del proprietario che abbia tollerato l'attività edificatoria del terzo sul proprio fondo – la giurisprudenza ha avuto occasione di affermare come i principi «di “tolleranza”, col principio di “affidamento” e ... di “buona fede [siano applicabili come] principi generali immanenti all'ordinamento giuridico, in quanto tali sottesi all'intera disciplina del Codice civile»<sup>125</sup>.

---

<sup>121</sup> In dottrina, ammette l'applicabilità analogica della buona fede S. ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, 1958, pp. 166 ss., in particolare p. 169. Si veda anche il pensiero più scettico di L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., la quale ritiene che «salva l'esistenza di un rapporto obbligatorio variamente connesso [...] nessuna possibilità di intervento parrebbe invece consentita al principio di correttezza e buona fede in materia di diritti reali e di possesso».

<sup>122</sup> Vedi F. D. BUSNELLI, E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in AA. VV. (a cura di), *Studi in onore di Pietro Rescigno. Responsabilità civile e tutela dei diritti*, vol. 5, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 107-10.

<sup>123</sup> Si veda ancora E. NAVARRETTA, op. loc. ult. cit., che ritiene applicabile in via analogica la buona fede in tutte le ipotesi in cui la condotta dell'agente è idonea ad attrarre nel suo raggio applicativo «un destinatario in virtù dell'attitudine della stessa condotta ad ingenerare specifici affidamenti (dove il modello della relazionalità risiede nella responsabilità precontrattuale)».

<sup>124</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 16 febbraio 2018, n. 3873, in *Foro it.*, 2018, I, 4, c. 1200.

<sup>125</sup> Cass. Civ., Sez. Un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., par. 2.6

Una volta verificata legittimità di un controllo di abusività della condotta del tollerante – nella specie del controllo *a posteriori* di correttezza – resta da chiarire quale sia il rimedio in concreto applicabile alla lesione dell'affidamento. Di regola, la tutela maggiormente utilizzata contro il divieto di *venire contra factum proprium* è quella risarcitoria: ciò deriva dal particolare contenuto dell'affidamento il quale – a differenza dell'aspettativa ad esempio – non garantisce al soggetto che ne è titolare la possibilità di ottenere un determinato bene della vita. Ad essere tutelata è la legittima fiducia che viene riposta circa la coerenza dell'altrui agire, che porta l'interessato ad assumere delle decisioni rilevanti sul piano economico o personale, che risulterebbero sacrificate dal comportamento incoerente.

Ebbene, se si tenta di tradurre il contenuto della situazione del tollerato in termini di tutela reale, risulta evidente come un comportamento coerente del proprietario tollerante può essergli imposto “in forma specifica” soltanto quando la lesione dell'affidamento – e quindi l'estromissione repentina – non si sia ancora realizzata. Una simile eventualità potrebbe verificarsi nel caso in cui sia il proprietario ad agire contro il tollerato *ex art 1168 c.c.* lamentando di essere stato spogliato. In questo caso, un'eventuale eccezione di contraddittorietà del comportamento del tollerante – contrario a buona fede – potrebbe essere accolta in sede di condanna alla reintegrazione, subordinando la sua esecutività al decorso di un ragionevole termine che consenta al tollerato di riorganizzare i propri interessi in relazione al mutato contegno del tollerante. La ragionevolezza del suddetto termine dovrà tenere di conto delle esigenze personali legate al godimento del bene da parte del tollerato.

Diversamente, qualora il proprietario si avvalga del suo potere di autotutela, l'unica prospettiva rimediabile percorribile è quella del risarcimento del danno, non essendo pensabile ripristinare una situazione la cui stabilità aveva come presupposto un contegno necessariamente spontaneo, ormai venuto meno. In questo caso, una riparazione per equivalente potrà essere richiesta dal tollerato con autonoma domanda *ex art. 2043 c.c.* ovvero, in subordine, nell'ipotesi in cui il giudice, a cui il tollerato chiede la reintegrazione nel possesso, la neghi in ragione dell'accertata situazione di tolleranza. La rilevanza non patrimoniale dell'interesse leso impone, in sede di quantificazione del danno, di tener conto non soltanto la riparazione dell'affidamento in sé – e quindi i pregiudizi economici derivanti dall'aver confidato nella continuazione

dell'attività permessa – ma anche il danno non patrimoniale da lesione del mancato godimento della casa per tutto il periodo di tempo che sarebbe stato necessario a rendere la successiva *prohibitio* non lesiva di alcun affidamento.

Infine, ulteriori problemi crea l'ipotesi in cui l'ingerenza nei confronti dell'abitante tollerato venga realizzata da un terzo estraneo alla relazione con il proprietario. In questo caso, l'assenza di una detenzione tutelabile esclude l'esperibilità dei rimedi possessori e, di conseguenza, anche del rimedio risarcitorio. La risarcibilità del danno da mancato godimento del bene da parte del tollerato, infatti, sarebbe esclusa dall'assenza del presupposto dell'ingiustizia del danno: da una parte, infatti, manca una situazione di fatto tutelata e, dall'altra, è impossibile imputare l'affidamento leso al terzo che compie l'ingerenza. Senonché, per le ipotesi in cui l'attività tollerata ha ad oggetto un'abitazione, l'art. 8 CEDU consente di individuare un interesse non patrimoniale meritevole di tutela in sé, a prescindere dalla configurabilità di un potere di fatto giuridicamente rilevante per l'ordinamento nazionale (possessione o detenzione). Senza, quindi, dover per forza prospettare un'estensione della legittimazione attiva al tollerato, in presenza di un legame continuo e sufficiente che sia tale da instaurare *home* ai sensi dell'art. 8 CEDU, il privato potrà agire *ex art.* 2059 c.c. anche contro l'ingerenza di un terzo<sup>126</sup>.

### 5.1. (segue) b) proprietario inerte. Il ruolo dello Stato negli sfratti privati

Qualora, invece, il contegno del proprietario sia di inerzia, la situazione dell'occupante è qualificabile in termini di pieno possesso: al primo sarà negata qualsiasi possibilità di agire in autotutela<sup>127</sup> e, anzi, la

---

<sup>126</sup> La generalizzata tutela risarcitoria del tollerato contro i terzi è sostenuta da E. CARBONE, *Tolleranza e buona fede nel possesso. Successione, accessione e cose fuori commercio. Artt. 1144-1147*, cit., per cui «a prescindere dalla legittimazione attiva alla reintegrazione [...] il tollerato può agire per il risarcimento del danno contro il terzo [...] ove l'uno abbia colpevolmente impedito il godimento tollerato». La tesi si fonda sull'autonomia, riconosciuta in giurisprudenza, tra azione aquiliana e azione di spoglio ma omette di individuare l'interesse leso che nel caso di specie possa integrare il requisito dell'ingiustizia (qualificata) del danno.

<sup>127</sup> Ne è conferma il carattere assolutamente eccezionale con cui la giurisprudenza considera lecite le condotte di ripristino della situazione di fatto perpetrate in via stragiudiziale con l'utilizzo della forza privata da parte di chi subisce uno spoglio. Si veda

protrazione della sua inerzia porterà, con il decorrere del tempo utile a far decadere le relative azioni (possessorie e risarcitorie), ad un rafforzamento progressivo della situazione di fatto del secondo. Il proprietario che voglia tornare nell'esclusiva disponibilità dell'immobile dovrà necessariamente agire in via giudiziale, o avvalendosi del rimedio possessorio – se la sua inerzia non si è protratta oltre i termini di decadenza – oppure agendo con i rimedi petitori e, in particolare, con l'azione di rivendicazione (art. 948 c.c.).

L'assenza di una forma di contatto tra proprietario e possessore – diversamente da quanto accade per il tollerato – impedisce di qualificare la situazione del secondo in termini di affidamento e, quindi, di valutare l'esercizio delle facoltà del proprietario alla luce del criterio della correttezza. In questi casi, allora è il diverso criterio della sproporzione tra comportamenti (art. 833 c.c.) che potrebbe venire in considerazione, in ragione di un intenso assenteismo del proprietario che pretenda di escludere chi abbia al suo posto produttivamente utilizzato il bene abbandonato<sup>128</sup>. Ora, una tale soluzione deve innanzitutto tener conto del fatto che il Codice civile già prevede una disciplina in materia di possesso che si occupa di ripartire i costi e i vantaggi (frutti, miglioramenti e spese) dell'utilizzazione del bene da parte del possessore non proprietario (cfr. *supra* Cap. III, parr. 2.5. e 4.1.). Nondimeno, attraverso l'istituto dell'usucapione il legislatore stabilisce *a priori* quando dall'assenteismo proprietario possano derivare effetti acquisitivi in favore del terzo possessore. Eventuali valutazioni circa l'iniquità di tali regole si pongono sul piano della politica del diritto, ma non consentono applicazioni generali che abbiano come risultato quello di negare l'assetto di interessi voluto dal legislatore. Un eventuale correzione in

---

in proposito Cass. Civ., 9 gennaio 2007, n. 196, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, n. 23, 10, pp. 1140 ss., annotata da L. RACHELI, *La legittima difesa privata del possesso e il divieto di farsi giustizia da sé*. In questa pronuncia la Corte, pur ammettendo la liceità di una reazione in via di autotutela possessoria contro l'altrui molestia – peraltro fondata sul discutibile principio di “ragione naturale” (v. anche A. RICCI, *Sul «principio di ragione naturale»: a proposito dell'autotutela possessoria*, in *Contratto e impresa*, n. 25, 6 2009, pp. 1195-1210) – si affretta subito a precisare che questa è circoscritta ai casi in cui la reazione avviene “*in continent?*” e, quindi, mentre l'offesa è ancora in atto.

<sup>128</sup> È questa una soluzione auspicata da A. QUARTA, *Cose derelitte*, in *Rivista di diritto civile*, n. 60, 4 2014, pp. 798, la quale tuttavia riconosce i limiti posti dalla costruzione testuale della disposizione; in senso analogo anche U. MATTEI, *La proprietà*, UTET giuridica, Torino, 2015, p. 335.

via interpretativa – attraverso la clausola generale degli atti di emulazione – potrà effettuarsi soltanto rispetto a conflitti non regolati.

Ebbene, si è già avuto modo di evidenziare come le regole sopra richiamate si preoccupino di attribuire rilevanza esclusivamente al conflitto economico, senza effettuare una dovuta considerazione degli interessi non patrimoniali che le parti possono vantare. In particolare, nessuna disposizione si preoccupa di soppesare il fatto che il bene venga occupato per soddisfare un bisogno abitativo, non altrimenti realizzabile.

Proprio partendo da questa lacuna, è opportuno chiedersi se alcune delle garanzie che la Corte EDU richiede agli Stati per la tutela del diritto all'abitazione possano essere trasposte anche nel conflitto tra privati, senza sottrarre l'autorità pubblica dalle sue responsabilità ma, al contempo, responsabilizzando il proprietario il cui contegno assenteista costituisce comunque un presupposto fattuale per l'instaurazione della situazione di fatto abitativa. Del complesso apparato di garanzie elaborato dalla Corte di Strasburgo con riferimento all'art. 8 CEDU, non tutte le regole di condotta elaborate nei confronti dello Stato possono essere applicate *sic et simpliciter* al soggetto privato, senza incorrere in un fraintendimento circa la scelta che la Convenzione fa nell'individuazione dei soggetti incaricati di far rispettare i diritti umani. In particolare, di fronte ad un'occupazione privata, non c'è alcuno spazio per una valutazione di proporzionalità in termini di *an* dell'esercizio del diritto di escludere<sup>129</sup>: così argomentando si finirebbe per negare – attraverso un risultato sostanzialmente ablativo – il contenuto minimo di una situazione patrimoniale titolata che la stessa Convenzione si propone di tutelare.

Ciò che invece sembra trovare spazio, anche nei rapporti tra privati, è un controllo circa i modi e i tempi in cui l'*eviction* privata viene attuata. Sul piano procedurale, innanzitutto, resta ferma l'esigenza che un tribunale indipendente possa vagliare la proporzionalità della misura: tale requisito sembra garantito dalla generale illiceità di qualsiasi comportamento di recupero del bene attuato senza adire il giudice civile

---

<sup>129</sup> Il discorso si estende anche ai relativi oneri di motivazione circa l'opportunità della scelta di eseguire l'*eviction* che sono imposti all'amministrazione ma che non possono essere trasposti sul privato, il quale dovrà semplicemente provare la sua situazione giuridica senza dover al contempo motivare che quella misura sia quella più proporzionale rispetto ad altre astrattamente percorribili, posto che la facoltà di restituzione del bene rappresenta una facoltà irretrattabile dell'istituto domenicale (cfr. Cap. IV, par. 5.)

(v. *supra*). Inoltre, in presenza di una situazione di particolare debolezza degli abitanti e di un godimento di fatto particolarmente consolidato nel tempo, il carattere privato dell'interesse patrimoniale non dovrebbe far venir meno l'obbligo statale di trovare un alloggio sostitutivo agli sfrattati. Di conseguenza, una limitazione temporanea dell'esecutività dello sfratto, funzionale a consentire l'erogazione di un alloggio sostitutivo all'occupante, rappresenta il giusto bilanciamento tra esigenze di recupero del bene e il contrapposto diritto all'abitare. Al contrario, una condanna immediatamente esecutiva che non tenga di conto dei tempi tecnici necessari a consentire un realistico ricollocamento dell'occupante e dei suoi familiari, o con mezzi propri o attraverso l'erogazione di un servizio sociale, finirebbe per rendere il risultato pratico della tutela del diritto di proprietà in concreto sproporzionato rispetto al contrapposto interesse abitativo. In questo modo, lo strumento valutativo dell'art. 833 c.c. riletto alla luce dell'art. 8 CEDU consente al giudice di condizionare l'efficacia della condanna in relazione ai bisogni concreti dei soggetti che subiscono la misura di sfratto, senza però lasciare nell'incertezza gli interessati circa i modi e i tempi della sua esecuzione.

Una tale soluzione deve essere coordinata con alcune pronunce giurisprudenziali che – in apparente contrasto con quanto appena detto – si preoccupano di risarcire il danno subito dal proprietario di immobile abusivamente occupato in conseguenza del ritardo nell'esecuzione dello sgombero perpetrato dall'amministrazione statale<sup>130</sup>. Una tardiva risposta della pubblica amministrazione ad un'occupazione abusiva, motivata dalla necessità di evitare che lo sgombero crei un pregiudizio alla massa di occupanti e di conseguenza all'ordine pubblico, costituisce un illecito che obbliga l'amministrazione a risarcire il proprietario della mancata disponibilità dell'immobile. Ora, al fine di comprendere la *ratio* sottesa a questo indirizzo giurisprudenziale è opportuno, innanzitutto, epurare le argomentazioni della Corte da alcune espressioni che tradiscono una certa diffidenza culturale – se non un vero e proprio pregiudizio – nei confronti dei soggetti destinatari dello sgombero. Tale approccio ha come inevitabile conseguenza l'appiattimento del fenomeno dell'occupazione, senza riuscire a far emergere la specificità dello scopo – emersa sul piano sociologico – che sta dietro al singolo caso concreto.

---

<sup>130</sup> Cfr. Cass. Civ. 4 ottobre 2018, n. 24198, in *Corriere Giur.*, 2018, 12, 1608, in *Guida al diritto*, 2018, 47, 37 e in *Riv. giur. edilizia*, 2019, 3, I, 598; Trib. Roma 14 novembre 2017, n. 21347, in *condominioelocazione.it*, 2, 2 maggio 2018 e in *Arch. locazioni*, 2018, 1, 75.

Si arriva così ad affermare che «*la circostanza che un immobile altrui sia illecitamente occupato per necessità abitativa, piuttosto che per protesta, per gioco, per esercitarvi attività associative, è del tutto irrilevante ai fini dell'affermazione della responsabilità della p.a. che non abbia dato esecuzione all'ordine giudiziale di sgombero*»<sup>131</sup>. In sintesi, sebbene, come si dirà, la decisione sia condivisibile proprio perché riferita soltanto all'esecutività di un ordine giudiziale, l'enfasi che la Corte mette nel condannare in maniera generalizzata il fenomeno dello *squatting* non consente di tenere in debito conto della sua complessità sul piano sociale.

In secondo luogo, da una lettura più attenta delle decisioni sopra richiamate, non sembra che il bilanciamento tra l'art. 1, I Prot. e l'art. 8 CEDU – quest'ultimo implicitamente richiamato dalla considerazione dell'esigenza abitativa degli occupanti – sia tale da far soccombere totalmente l'interesse abitativo in favore del diritto di proprietà. Invero, l'argomento centrale che conduce alla condanna della pubblica amministrazione – nella veste del Ministero dell'Interno, quale organo rappresentato dalle questure inadempienti – è un altro, vale a dire la «*natura "strumentale e ausiliaria" dell'assistenza della forza pubblica all'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali*» che sottrae all'autorità amministrativa qualsiasi potere discrezionale di differimento nell'esecuzione<sup>132</sup>. In altri termini, la valutazione di illiceità di un ritardo nella repressione dell'abusivismo dipende dalla sussistenza di una pronuncia giurisdizionale in cui c'è già stata la possibilità di vagliare l'applicabilità della garanzia di cui all'art. 8 CEDU e, quindi, di bilanciare proprietà e abitazione: non si tratta di porre in capo all'amministrazione il dovere di impedire il verificarsi o l'aggravarsi di una compressione del diritto di proprietà ma di garantire il diverso diritto ad una pronta esecuzione del provvedimento

---

<sup>131</sup> In particolare, in Cass. Civ. 4 ottobre 2018, n. 24198, cit., par. 3.11.1, risultano assolutamente eccessive e prive di una reale utilità ai fini del giudizio le considerazioni circa la riottosità degli occupanti e la pretestuosità della loro condizione di abusivismo.

<sup>132</sup> Si tratta di un principio che, come ricorda la Corte di Cassazione (par. 3.6 della sentenza citata in nt. precedente) è confermato sia a livello costituzionale quale corollario della riserva di funzione giurisdizionale *ex* art. 101 (Corte cost. 24 luglio 1998 n. 321), sia imposto dalla CEDU in applicazione del diritto di accesso alla giustizia di cui all'art 6, 1° comma (Corte EDU, *Casa di cura Valle fiorita S.r.l. c. Italia*, 13 dicembre 2018; Corte EDU, *Delle Cave c. Italia*, 5 giugno 2007; Corte EDU, *Hornsby c. Grecia*, 19 marzo 1997). In senso analogo, già si era espressa Cass. Civ., Sez. Un., 26 maggio 1998, n. 5233, in *Giust. Cin.*, 1998, I, 1517.



giudiziale<sup>133</sup>. Ebbene, un accertamento giudiziale che ritenga di subordinare l'esecutività della condanna di restituzione all'esperienza da parte dello Stato di prestazioni sociali in favore degli occupanti a rischio di esclusione abitativa, non si porrebbe in contrasto con il principio di diritto espresso dalla Cassazione sopra citata, in quanto farebbe riferimento al contenuto della condanna e non alla successiva fase di esecuzione.

Né una tale soluzione comprime le facoltà del proprietario a tal punto da intaccare la garanzia minima imposta a livello costituzionale. Modellare le modalità e i tempi di restituzione dell'immobile non in funzione di un soddisfacimento *sine die* delle esigenze abitative dell'occupante, ma al fine di consentire in tempi certi l'intervento pubblico di erogazione del servizio sociale, non si tradurrebbe in un risultato ablativo del diritto – come i riferimenti giurisprudenziali all'art. 1, I Prot. sembrerebbero suggerire – ma semmai in una limitazione coerente con la funzione sociale della proprietà sancita all'art. 42 Cost: il parametro della socialità infatti, da una parte consente di attribuire rilievo all'inattività del proprietario – che in altre disposizioni si pone a fondamento di interventi ben più drastici e indeterminati nei presupposti applicativi (v. ad esempio l'art. 838 c.c.) – e, dall'altra, orienta la doverosità del comportamento del proprietario verso la realizzazione di un interesse che a ben guardare non coincide con quello del singolo occupante ma assume carattere superindividuale, di pronta erogazione del servizio sociale di *housing*<sup>134</sup>.

È chiaro, quindi, che nella prospettiva assunta, una limitazione di questo tipo, perseguita attraverso una definizione più puntuale delle modalità e dei tempi di esecuzione della condanna, differisce da quella

---

<sup>133</sup> È quindi nella più generale prospettiva di effettiva esecuzione delle pronunce giurisdizionali che devono essere lette le considerazioni secondo cui «*la politica di welfare per garantire il diritto ad una casa non può compiersi a spese dei privati cittadini, i quali già sostengono un non lieve carico tributario – in specie, sugli immobili per alimentare, attraverso la fiscalità generale, la spesa per lo stato sociale*» (v. ancora Cass. Civ. 4 ottobre 2018, n. 24198, cit., par. 3.11.1.).

<sup>134</sup> Sulla rilevanza dell'inattività nel giudizio di legittimazione dell'esercizio delle facoltà dominicali che esprime l'art. 42 Cost. si vedano le fondamentali riflessioni di S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 1960, p. 1313, oggi in ID., *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 240. Seppur in un'accezione diversa, figlia di un'impostazione classica dei conflitti sociali, pone l'accento sul carattere superindividuale del concetto di socialità *ex art 42 Cost.* ma non coincidente con l'interesse pubblico in senso stretto U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 186-7.

che dovrebbe realizzarsi nella diversa situazione di tolleranza (cfr. *supra* par. precedente): stante l'assenza di un contatto tra le parti in conflitto idonea ad esprimere una relazionalità qualificata, non è il legittimo affidamento dell'occupante a determinare in che modi e tempi lo *jus excludendi* dovrà essere esercitato; viceversa, nelle ipotesi in cui non è riscontrabile una relazione tra i soggetti, gli elementi fattuali da prendere in considerazione sono, da una parte, la situazione di oggettivo disagio abitativo (seguendo gli indici enucleati dalla Corte EDU nella casistica dell'art. 8) e, dall'altra, l'assenteismo del proprietario e la sua idoneità ad agevolare l'instaurazione della *home*. Il bilanciamento di questi presupposti consente al giudice di ponderare la necessità che il disagio abitativo sia così intenso da far sorgere in capo all'autorità amministrativa un obbligo di erogazione di una soluzione alternativa di alloggio e di imporre al proprietario un termine di tolleranza.

L'ultima questione da analizzare nel bilanciamento di questo complesso conflitto tra Stato, proprietario e occupante riguarda la giustiziabilità in concreto del dovere statale di ricollocamento del soggetto sfrattato: il giudice che riscontri un'emergenza abitativa può accompagnare la condanna al rilascio con una pronuncia rivolta nei confronti dell'amministrazione per l'adempimento dell'obbligo di fornire un alloggio sociale?

Come si è visto, negli sfratti aventi ad oggetto la proprietà pubblica, il parametro dell'alloggio alternativo, incidendo sulla proporzionalità dell'ingerenza, ha l'effetto di condizionare la legittimità dello sfratto e quindi di imporre indirettamente un comportamento attivo alla pubblica amministrazione. Nello sfratto privato però, in assenza di una norma positiva e nel silenzio della giurisprudenza sovranazionale sull'art. 8 CEDU, è arduo concepire un potere del giudice di diffidare lo Stato all'erogazione dell'abitazione sociale<sup>135</sup>.

In proposito, risulta di particolare interesse l'art. 11 del D.L. del 20 febbraio 2017 n. 14 (modificato radicalmente dall'art. 31-ter, co. 1, del D.L. 4 ottobre 2018, n. 113)<sup>136</sup> che si propone di disciplinare modalità e tempi di esecuzione dei provvedimenti di rilascio di immobili occupati. La norma introduce un apparato procedurale *ad hoc* che

---

<sup>135</sup> Isolata voce favorevole alla giustiziabilità del diritto all'abitazione, sul presupposto della sua diretta applicabilità, è quella di A. GIORGIS, *Il diritto costituzionale all'abitazione. I presupposti per una immediata applicazione giurisprudenziale*, in *Questione giustizia*, 2007.

<sup>136</sup> Per un commento alla nuova procedura v. M. BELLIN, *La responsabilità per mancata esecuzione dello sgombero*, in *Immobili e proprietà*, 3, 2019, pp. 183 ss.

consente di mettere in relazione diretta le parti private in conflitto (proprietario e occupante) con la pubblica amministrazione: quando è necessario dare esecuzione ad un provvedimento giudiziale da cui può derivare un pericolo di turbative per l'ordine e la sicurezza pubblica l'autorità che lo ha emanato ne dà comunicazione al prefetto (comma 2), il quale procede all'esecuzione dello sfratto attraverso una modalità che consente di coinvolgere una pluralità di enti pubblici interessati ad intervenire a seconda delle diverse circostanze di fatto.

L'istituto maggiormente regolato è quello dell'indennità in favore del proprietario per i ritardi nell'esecuzione dello sgombero, che deve essere corrisposta dallo Stato – a prescindere dalle responsabilità individuali degli occupanti – a decorrere dalla scadenza del termine di 90 giorni previsto per l'esecuzione del provvedimento (comma 3)<sup>137</sup>. Sul fronte della quantificazione del danno, la disposizione stabilisce che la liquidazione in via equitativa debba tener conto «*dello stato dell'immobile, della sua destinazione, della durata dell'occupazione, dell'eventuale fatto colposo del proprietario nel non avere impedito l'occupazione*». Ebbene, in particolare il riferimento al comportamento del proprietario e della sua inidoneità ad impedire l'occupazione – pur se collocato all'interno del paradigma della *culpa in vigilando* – può essere interpretato nel senso di dare rilevanza all'assenteismo del proprietario che, come si è visto, ai fini della quantificazione del danno da occupazione, consente di scomputare la voce del mancato godimento tra quelle da risarcire (cfr. Cap. III, par. 4.1.).

L'accento posto all'interesse del proprietario ad una tempestiva esecuzione dello sgombero è coerente con le intenzioni marcatamente securitarie che muovono questa legislazione (i cd. decreti sicurezza). Ciononostante, è possibile scorgere un embrionale proceduralizzazione dell'obbligo dello Stato di attivarsi per il ricollocamento delle persone che si trovano in stato di emergenza abitativa: si prevede, infatti, che qualora il prefetto «*ravvisi la necessità di definire un piano delle misure emergenziali necessarie per la tutela dei soggetti in situazione di fragilità che non sono in grado di reperire autonomamente una sistemazione alloggiativa alternativa [...] istituisce una cabina di regia incaricata di provvedere*». La disposizione – anche se non precisa quali obblighi a protezione degli occupanti

---

<sup>137</sup> Ciò conferma quando detto in precedenza circa la qualificazione della condotta dello Stato che genera una responsabilità da ritardo nell'esecuzione e non da inadempimento di un obbligo positivo di reprimere tempestivamente la situazione di fatto in quanto tale (v. *supra*).

gravino in capo all'amministrazione – può costituire un importante dato normativo attraverso cui sperimentare un'applicazione delle garanzie dell'art. 8 CEDU anche nei rapporti tra privati. Così, la nozione di *home* e gli elementi fattuali che la Corte di Strasburgo utilizza per individuare una situazione di esclusione abitativa possono andare a riempire di contenuto la nozione di *fragilità* a cui si riferisce la norma. Allo stesso modo, il riferimento alla *sistemazione alloggiativa alternativa*, pur se richiamato come mero presupposto di applicazione di una procedura, alla luce della giurisprudenza sovranazionale, può essere letto come l'oggetto di un obbligo positivo che le amministrazioni coinvolte hanno nei confronti del singolo individuo.

Tuttavia, proprio nell'ottica di confronto tra l'art. 8 CEDU e l'art. 11 del D.L. 14/2017 emerge anche un insostenibile contrasto in punto di garanzie procedurali. La logica securitaria finisce, infatti, per attribuire al prefetto (autorità amministrativa) poteri che in base all'art. 8 CEDU dovrebbero essere soggetti al vaglio di un tribunale indipendente. Il fatto che il coinvolgimento del giudice si limiti a un poterdovere di comunicazione (co. 2) e ad un potere di differimento dell'esecuzione subordinato alle richieste dell'autorità amministrativa<sup>138</sup>, finisce per spostare il controllo di proporzionalità dello sfratto nelle mani del prefetto e, quindi, al di fuori del potere giurisdizionale. Ciò che in particolare risulta incompatibile con la prospettiva di tutela dell'art. 8 CEDU è il fatto che l'accertamento della situazione di fragilità abitativa venga accertata dal prefetto e non dall'organo giudiziario. Tale carenza risulta ancor più evidente se confrontata con l'opposta possibilità del proprietario di adire il giudice per contestare la congruità dell'indennità da ritardo nell'esecuzione dello sfratto.

Risulta, dunque, palese la disparità di garanzie di cui possono giovare il proprietario e l'occupante, che evidenzia a sua volta una scarsa considerazione della direttiva di protezione del bisogno di stabilità abitativa imposta a livello europeo anche con riferimento al fenomeno delle occupazioni.

Alla luce di tali considerazioni, la disposizione meriterebbe di essere ripensata e corretta per distribuire più ragionevolmente i poteri di

---

<sup>138</sup> Il comma 3.2. stabilisce, infatti, che «*alla scadenza del termine di novanta giorni di cui al comma 3.1, il prefetto riferisce all'autorità giudiziaria gli esiti dell'attività svolta dalla cabina di regia, indicando i tempi di esecuzione del provvedimento di rilascio ovvero le ragioni che ne rendono necessario il differimento. L'autorità giudiziaria competente per l'esecuzione, tenuto conto delle informazioni ricevute, adotta i provvedimenti necessari, ivi compreso quello di differimento dell'esecuzione*».

accertamento e di esecuzione delle misure necessarie a tutelare tanto gli interessi dominicali quanto quelli abitativi delle parti in conflitto: del potere di accertamento della situazione di debolezza dell'occupante dovrebbe essere investito direttamente il giudice che ordina lo sgombero dell'immobile.

---

## CONCLUSIONI

---

### Sommario

**1.** Concezione attivistica delle situazioni di fatto. **2.** Tutela delle situazioni di fatto in generale. **3.** Diritto all'abitazione nel contesto nazionale ed europeo. **4.** Situazioni abitative di fatto. Quali tutele?

---

#### **1. Concezione attivistica delle situazioni di fatto**

Al termine dell'indagine è possibile tracciare un quadro di insieme della tutela delle situazioni di fatto abitative. L'esigenza di correzione in senso personalistico di un assetto di tutele pensato per le situazioni di appartenenza patrimoniali interessa tanto le situazioni giuridiche – quali la proprietà – quanto quelle di mero fatto, come il possesso. Infatti, l'applicazione del diritto all'abitazione a prescindere dalla titolarità di una situazione di appartenenza richiede di permeare anche la disciplina del possesso conformemente al contenuto protettivo espresso dalla nozione costituzionale multilivello di diritto all'abitare.

L'obiettivo finale è quello di un riadattamento della distribuzione dei rimedi civilistici esperibili, al fine di soddisfare a pieno l'esigenza di una più intensa protezione della qualità e della stabilità del godimento abitativo, come richiesto dall'ordinamento nazionale e internazionale di protezione dei diritti umani.

Tale sforzo di rilettura dell'istituto del possesso, sia in quanto tale che nei suoi rapporti con la concorrente situazione dominicale, è reso più complicato dalla presenza di una molteplicità di situazioni di fatto (possesso, detenzione, uso tollerato del bene), la cui tutela è già in origine differenziata. Si è posta l'esigenza di individuare in via preliminare le modalità di acquisto e perdita delle varie situazioni e le tutele ad esse connesse: è emersa l'opportunità di valorizzare una nozione attivistica di possesso che, coerentemente alla sua natura di esercizio effettivo di un potere, non può logicamente essere mantenuta in assenza di un'attività di effettivo utilizzo del bene e esclusivamente grazie ad una impalpabile volontà di dominio della cosa. Tale impostazione, che sicuramente consentirebbe di introdurre uno strumento di valutazione circa il grado di assenteismo di chi detiene i beni, fatica ad essere recepita dalla giurisprudenza, che continua a definire l'elemento materiale del possesso come una virtuale (e non effettiva) disponibilità della cosa.

Rispetto invece alla distinzione tra possesso e detenzione, risulta ormai svuotato di operatività, anche a livello giurisprudenziale, il persistente richiamo all'*animus*, che è stato sostituito dal titolo nell'individuazione del carattere detentorio o possessorio della situazione.

## 2. Tutela delle situazioni di fatto in generale

L'instaurarsi di un potere di fatto su un bene rivale presuppone necessariamente un comportamento di non uso da parte del proprietario del bene: a determinare una diversa qualificazione del potere di fatto contribuisce la vicenda genetica dell'impossessamento del bene e il diverso comportamento assunto dal proprietario-precedente possessore del bene di fronte all'altrui intrusione. A seconda del diverso grado di inazione che il proprietario esprime, l'ordinamento fa discendere una maggiore o minore tutela dalla concorrente situazione di fatto. Come si è avuto modo di vedere, a fronte dell'esercizio di un potere di fatto si presume il possesso, salvo che non si dimostri che questo è esercitato a titolo di detenzione – e, quindi, si provi il rapporto obbligatorio che ha dato vita alla situazione di fatto – oppure che l'attività del terzo sia compiuta con la tolleranza del proprietario (art. 1144 c.c.). Se, si esclude la detenzione, per cui il comportamento delle parti è individuato dal contenuto dell'obbligazione e trae origine da una consegna, quando il potere di fatto nasce dall'impossessamento del bene, ciò che influenza la sua qualificazione è il modo in cui il proprietario-precedente possessore reagisce all'intrusione: la *scientia* e *patientia* del titolare del diritto, per quanto affine all'inerzia, contiene al suo interno una minima forma di controllo del bene che giustifica l'esclusione dell'acquisto del possesso; al contrario, quando l'inattività è tale da esprimere un'inerzia, il terzo accederà ad una tutela più forte come quella possessoria, esperibile *erga omnes* e, quindi, anche contro il proprietario del bene.

Da un confronto più approfondito dei rapporti tra attività tollerata e possesso è stato possibile far emergere conseguenze giuridiche ulteriori rispetto a quelle previste testualmente dal Codice civile.

Innanzitutto, la tolleranza, in quanto comportamento volontario è idonea non solo ad escludere il possesso ma anche l'illiceità dell'ingerenza tollerata, secondo una tecnica di giustificazione della condotta affine al consenso dell'avente diritto. Inoltre, se positivamente manifestata, essa è idonea a certe condizioni a generare un affidamento meritevole di protezione risarcitoria. Tale effetto, che emerge da una considerazione della relazionalità intercorrente tra le parti, trova riscontro

sporadico ma significativo nella giurisprudenza nazionale. Ancor più significative sono le pronunce della Corte di Strasburgo in applicazione dell'art. 1, I Prot., CEDU che attraverso un approccio ermeneutico assolutamente autonomo rispetto alle categorie civilistiche nazionali ha potuto sperimentare con maggior libertà l'emersione di interessi patrimoniali sul bene fondati sulla protratta tolleranza dello Stato di una situazione di abusivismo su di un bene statale. Pur senza sottrarsi a critiche, per la difficoltà di fornire criteri certi in grado di discernere quando la tolleranza sia effettivamente produttiva di affidamento, queste pronunce hanno il pregio di confermare la necessità di considerare i rapporti dominicali in modo relazionale e di far emergere interessi contrapposti a quello proprietario, sia esso un privato o lo Stato.

Sul fronte rimediabile, una volta riconosciuta la meritevolezza di tutela dell'affidamento non è sempre agevole l'individuazione del tipo di tutela più opportuno a soddisfare i contrapposti interessi. Come dimostrano le pronunce sopra richiamate, attribuendo all'affidamento conseguenze rimediali esorbitanti – vale a dire con effetto sanante o acquisitivo del diritto sul bene – si incorre nel rischio di addivenire a risultati incompatibili con un equo temperamento di tutti gli interessi generali o particolari che insistono su un medesimo bene rivale. Più opportuna, risulta invece la tecnica che giustappone ad un rimedio restitutorio – favorevole al proprietario che vuole rientrare nella disponibilità del bene – una tutela risarcitoria che compensi il privato dei pregiudizi derivanti dall'aver confidato nella continuazione del comportamento tollerante, causati dalla repentina e contraddittoria esclusione posta in essere dal proprietario. Al più l'affidamento può portare ad una sospensione temporanea dell'esercizio della facoltà restitutoria qualora il proprietario non agisca in via di fatto per il recupero della cosa, ma adisca il giudice lamentando la lesione del suo possesso o della proprietà. Di fronte ad un'eccezione che faccia emergere una lesione dell'affidamento e, quindi, un comportamento contrario a correttezza, il giudice potrà subordinare l'esecuzione della condanna in favore del proprietario al decorso di un termine idoneo a tutelare l'affidamento del terzo.

Rispetto, invece, all'inerzia del proprietario l'acquisto del possesso fa accedere l'interessato ad un impianto rimediabile più forte, che consente di agire con una tutela inibitoria contro comportamenti di materiale privazione o turbativa del suo godimento. D'altra parte, l'assenza di una volontà di sopportare l'intrusione espone il possessore alle azioni



del proprietario, restitutorie per il futuro e risarcitorie per il passato. Ciò non significa però che la protratta inerzia cessi di svolgere un ruolo determinante nel progressivo rafforzamento della situazione del possessore anche su questo fronte: rispetto ai rimedi restitutori, l'inerzia, insieme alla conoscibilità dell'intrusione, determinano lo spirare del termine decadenziale annuale entro il quale il proprietario potrà esperire l'azione di reintegrazione (art. 1168 c.c.) e il termine ventennale per l'acquisto ad usucapione del bene (art. 1158 c.c.). Anche per quanto riguarda l'azione risarcitoria, una più moderna concezione del danno causato alla proprietà – non più sussistente *in re ipsa* ma legato alle effettive conseguenze pregiudizievoli subite dal proprietario – ha portato la giurisprudenza più recente ad escludere la risarcibilità dei danni da mancato godimento del bene da parte del proprietario che abbia dimostrato un consistente e intenzionale disinteresse nei confronti del bene oggetto di altrui possesso. Tale indirizzo conferma un'impostazione che mira a tutelare anche in via risarcitoria l'interesse del proprietario al godimento del bene, soltanto nella misura in cui questo sia in concreto attuale.

Quest'ultimo rilievo apre la via ad un ulteriore possibile effetto derivante da un'inerzia consistente del proprietario: in linea con una concezione assolutamente oggettiva del possesso, il totale abbandono dell'immobile da parte del proprietario, pur non essendo idoneo a determinare – almeno per quanto riguarda i beni immobili – una rinuncia tacita della situazione di diritto, nondimeno, può essere sufficiente a ritenere cessato l'esercizio del potere di fatto sulla cosa. Di conseguenza, l'appropriazione da parte di un terzo di un bene abbandonato di fatto escluderà a monte l'illiceità dell'atto e la possibilità per il proprietario di esperire l'azione di reintegrazione dallo spoglio.

L'assenza di una consapevole e percepibile sopportazione del comportamento altrui impedisce, infine, di configurare un affidamento meritevole di tutela in capo al possessore, in grado di limitare l'esercizio dello *jus excludendi* da parte del proprietario nei limiti temporali lasciati dall'eventuale acquisto *ad usucapionem* del bene da parte del terzo. Né una possibile valutazione dell'esercizio delle facoltà dominicali in termini di abusiva sproporzione può derivare – in base allo stringente apparato normativo offerto dal Codice civile (art. 833 c.c.) – dal confronto di interessi patrimoniali contrapposti, posto che con la disciplina possessoria il legislatore ha voluto esaurire il bilanciamento di interessi tra le parti, almeno dal punto di vista dell'equilibrio patrimoniale. È invece

sul fronte degli interessi non patrimoniali – e, in particolare, su quello della tutela abitativa – che le situazioni di possesso, detenzione e tolleranza meritano di essere riviste per meglio equilibrare l’assetto delle tutele.

**Tabella 1 – La tutela delle situazioni di fatto nel diritto civile**

	Tutela possessoria	Tutela risarcitoria	Responsabilità da fatto illecito verso il proprietario	Pretese petitorie
Possesso	Azioni di reintegrazione e di manutenzione	Danno patrimoniale contro spoglio e molestia	Art. 1148 c.c. + Art. 2043 c.c. (nei limiti del pregresso attivismo del proprietario)	Aspettativa di acquisto della proprietà <i>ad usucapionem</i>
Detenzione	Azione di reintegrazione	Danno da mancato godimento del bene per spoglio	Esclusa dal titolo o dal consenso	Nessuna
Tolleranza	Nessuna	Nessuna	Esclusa dal consenso dell’avente diritto	Affidamento per prolungata tolleranza (tutela risarcitoria)
Detenzione per ospitalità e servizio	Nessuna	Nessuna	Esclusa dal consenso dell’avente diritto	Nessuna

Una volta delineata la distribuzione delle tutele in base ai differenti poteri di fatto giuridicamente rilevanti per il diritto (v. Tab. 1), è stato possibile procedere ad una integrazione tra la disciplina civilistica a protezione del godimento *sine titulo* e quanto richiesto dalle fonti costituzionali e sovranazionali per tutelare il diritto alla abitazione, per arrivare a formulare alcune proposte di correzione, o in via interpretativa ovvero, laddove il contrasto non sia altrimenti sanabile, attraverso un rilievo di incostituzionalità o una proposta *de jure condendo*.

### **3. Diritto all'abitazione nel contesto nazionale ed europeo**

Definiti i criteri di qualificazione delle varie situazioni di fatto, e prima di affrontare il problema finale del riadattamento della loro tutela in funzione di una maggiore protezione del godimento abitativo, è stato necessario determinare il contenuto del diritto all'abitazione nella sua duplice accezione di diritto sociale (diritto all'abitazione in senso stretto) che attribuisce un interesse pretensivo all'erogazione di un servizio sociale da parte dello Stato, e di diritto inviolabile, che offre a chi esercita un godimento – non importa se di fatto – un tutela che mira a conservarne la stabilità.

La difficoltà di ricostruire i limiti e le condizioni di efficacia della direttiva costituzionale nasce in primo luogo dalla pluralità di fonti a cui si deve fare riferimento.

A livello nazionale, l'assenza di una esplicita menzione del diritto alla casa nel catalogo dei diritti inviolabili ha richiesto l'intervento giurisprudenziale della Corte costituzionale che ha progressivamente affermato il carattere inviolabile dell'interesse abitativo. Da quel momento, il diritto all'abitazione ha rappresentato un parametro di rilettura degli istituti civilistici preposti alla protezione del godimento abitativo. Come si è avuto modo di vedere, il principale istituto in grado di recepire nei rapporti orizzontali questa nuova direttiva costituzionale è il risarcimento del danno non patrimoniale, il quale, per la sua naturale propensione a riferirsi ai diritti inviolabili per l'individuazione del danno risarcibile, consente di far emergere nelle vicende lesive del godimento abitativo, il peso in concreto che l'offesa ha per la persona dell'abitante. Inoltre, la tutela risarcitoria rappresenta un rimedio duttile, che consente di riparare i pregiudizi personali senza stravolgere le regole di appartenenza patrimoniale fissate dal Codice civile.

Diversamente, le Carte europee introducono una tutela più esplicita dell'interesse abitativo. L'art. 8 CEDU e l'art. 7 CDFUE contengono due norme gemelle che, all'interno dell'onnicomprensiva nozione di vita privata e familiare, contemplan anche il diritto al rispetto della casa. Tali disposizioni si concentrano sulla protezione dell'interesse abitativo nella sua accezione debole: non quale pretesa a ricevere dallo Stato un'abitazione ma come prerogativa di protezione dell'esercizio di

un godimento già attuale, non importa se privo di legittimazione giuridica.

Alla totale simmetria sul piano contenutistico, non fa seguito una medesima portata effettuale delle due disposizioni. L'applicazione dell'art. 7 CDFUE rimane fortemente condizionata dal principio di attribuzione: l'efficacia orizzontale del diritto alla casa può quindi avere ad oggetto soltanto materie di competenza europea su cui l'Unione ha già legiferato, con un atto di diritto derivato.

Queste limitazioni condizionano fortemente l'operatività dell'art. 7 in materie quali i diritti reali e il possesso che restano appannaggio esclusivo degli Stati membri. Ciò non impedisce, come si è visto, che la rilevanza fattuale dell'interesse abitativo protetto dalla Carta non possa condizionare indirettamente alcune pronunce che, nel valutare la proporzionalità del rimedio adottato in sede giudiziale per rimuovere gli effetti di una clausola abusiva, tengono di conto degli interessi abitativi di soggetti – i familiari del consumatore – estranei al rapporto contrattuale. Si tratta però di una rilevanza limitata e che, comunque, non ha ad oggetto la valutazione di abusività del contratto.

Maggiormente trasversale è l'operatività dell'art. 8 CEDU che esplicitamente chiama in causa i rapporti di fatto laddove definisce la *home* come quel legame continuo e sufficiente tra soggetto e bene riscontrabile avendo riguardo a circostanze di mero fatto.

In particolare, rispetto alle ipotesi di *eviction* che rischiano di provocare una grave esclusione abitativa, lo Stato ha il dovere – almeno per quanto riguarda i casi che hanno ad oggetto la proprietà pubblica – di agire secondo un criterio del minimo mezzo e, comunque, anche nei casi più gravi in cui la privazione della casa risulta essere l'unica soluzione possibile, cercando di fornire un alloggio alternativo che eviti il pregiudizio. Così, la tutela dell'abitazione è realizzata attraverso l'imposizione allo Stato di garanzie non solo sostanziali ma anche procedurali, quali la motivazione del provvedimento di sfratto e la presenza di un tribunale indipendente che valuti la proporzionalità dell'ingerenza.

Tale assetto di tutele – quando ha ad oggetto il rapporto verticale tra Stato e individuo – ha un'applicazione ampia, senza limitazioni in ragione dell'oggetto della controversia e a prescindere dalla natura fattuale o giuridica del godimento dell'abitante. Ciò che, invece, condiziona l'operatività della disposizione è il meccanismo di recepimento interno del diritto al rispetto della casa *ex art. 8*, che risulta doppiamente condizionato: in primo luogo, in quanto il destinatario degli obblighi di

protezione dei soggetti a rischio di esclusione abitativa è soltanto lo Stato e non il privato; in secondo luogo, perché l'applicabilità interna della Convenzione non è diretta e immediata, ma segue la tecnica del norma interposta per rinvio costituzionale.

Rispetto alla prima limitazione, in realtà, il fatto che il soggetto obbligato sia unicamente l'autorità pubblica non impedisce che il rispetto della Convenzione si ripercuota nei rapporti tra privati: l'obbligo, infatti, ben potendo avere ad oggetto le condotte lesive del diritto attuate da un privato verso un altro privato, impegnerà lo Stato (autorità pubblica, legislatore e giudice) ad attivarsi per impedire il verificarsi di tali violazioni, in prima battuta attraverso una correzione dell'assetto di tutele.

Anche riguardo al secondo aspetto, la mancata efficacia diretta della giurisprudenza di Strasburgo non significa una totale incomunicabilità tra i due ordinamenti: il suo recepimento potrà avvenire soltanto attraverso le tecniche di adeguamento tipiche della norma costituzionale e, quindi, l'interpretazione orientata del diritto vivente oppure, laddove ciò non sia possibile, una pronuncia di incostituzionalità. Solo nel caso in cui gli obblighi positivi imposti dalla Convenzione non facciano emergere un palese contrasto ma piuttosto una lacuna incostituzionale, nelle more dell'intervento legislativo, il giudice di merito potrà tentare un'operazione creativa al fine di evitare successive condanne da parte della CEDU.

#### **4. Situazioni abitative di fatto. Quali tutele?**

Definito il contenuto complessivo del diritto alla abitazione nel contesto multilivello dei diritti umani e le differenti vie per la sua applicabilità nei rapporti interprivati, è stato possibile, nella parte conclusiva, ricostruire la tutela delle situazioni abitative di fatto.

Si è proceduto selezionando una serie di casi, rilevanti sul piano giuridico e sociale, caratterizzati da un diverso grado di relazionalità e di conflittualità: convivenze di fatto, detenzioni abitative (v. *infra* Tab. 2) e occupazioni *sine titulo* (v. *infra* Tab. 3).

Le unioni di fatto hanno subito una notevole evoluzione prima giurisprudenziale e poi legislativa che ha interessato la tutela della stabilità abitativa del convivente sprovvisto di un titolo di legittimazione.

**Tabella 2 – Tutela della detenzione a scopo abitativo**

	Tutela pos- sessoria	Tutela risar- citoria	Pretese peti- torie (per morte del partner proprietario)	Pretese peti- torie (per cessa- zione dell' <i>af- fectio o del rapporto</i> )
Detenzione per ospita- lità e servi- zio	Nessuna	Nessuna	Nessuna	Nessuna
Convivenza di fatto (forma- zione so- ciale aperta)	Azione di reintegrazione nei confronti di terzi, partner proprietario ed eredi	Danno patrimoniale e non patrimoniale da mancato godimento dell'abitazione	Successione nel contratto in caso di locazione per morte del partner-conduttore	Diritto ad un termine di tolleranza in caso di cessazione della convivenza
Convivenza di fatto Legge Ci- rinnà (coppia pa- raconiu- gale)	Azione di reintegrazione nei confronti di terzi, partner proprietario ed eredi	Danno patrimoniale e non patrimoniale da mancato godimento dell'abitazione	Successione nel contratto di locazione + Diritto di continuare ad abitare nella casa di proprietà del convivente defunto (max 2 anni senza figli/ 5 con figli)	Diritto ad un termine di tolleranza in caso di cessazione della convivenza
Detenzione per ragioni di servizio (ma con finalit� abitativa)	Azione di reintegrazione nei confronti di terzi, partner proprietario ed eredi	Danno patrimoniale e non patrimoniale da mancato godimento dell'abitazione	Nessuna	In base al titolo
Detenzione abitativa (locazione, comodato)	Azione di reintegrazione Azione di manutenzione	Danno patrimoniale e non patrimoniale da mancato o limitato godimento dell'abitazione	Nessuna	In base al titolo

Alla progressiva emersione del fenomeno sul piano sociale ha fatto seguito il riconoscimento della natura di detentore qualificato del partner non proprietario (e la negazione del titolo di mero ospite) che ha permesso di estendere la legittimazione attiva all'azione di spoglio e l'applicazione del canone di buona fede oggettiva all'ipotesi di cessazione del vincolo di *affectio* al fine di concedere un termine di tempo ragionevole prima dell'estromissione, che consenta al soggetto debole di reperire un alloggio alternativo.

La clausola di buona fede, rispetto alla determinazione *a priori* del termine, consente di valutare le circostanze personali delle parti in conflitto e di stabilire in concreto la misura del sacrificio che può essere imposto al convivente proprietario.

A questo percorso giurisprudenziale ha fatto seguito l'introduzione di una disciplina *ad hoc*, in parte recettiva di queste innovazioni, in parte espansiva dei diritti dei conviventi di fatto. La discrepanza tra la nozione giurisprudenziale di convivenza e quella puntualmente definita in via legislativa pone alcuni problemi di coerenza sistematica che la direttiva costituzionale del diritto all'abitazione è in grado di mettere in luce.

In particolare, il diritto di continuare ad abitare nell'abitazione, alla morte del convivente proprietario, per un periodo di tempo predeterminato dalla legge, in quanto applicabile soltanto alle convivenze para-coniugali, pone gli stessi problemi di irragionevolezza costituzionale che la Corte costituzionale ha in passato rilevato con riferimento alla disparità di protezione della stabilità abitativa tra conviventi e coniugi: se la finalità di una norma è quella di proteggere la continuazione abitativa in ragione di una convivenza protratta nel tempo, il diritto all'abitazione impedisce di escludere classi di soggetti (in questo caso, le convivenze estranee alla nozione legale) per cui è riscontrabile un medesimo bisogno di stabilità abitativa fondato su una altrettanto stabile coabitazione.

In questo senso, la correzione dell'assetto di tutele dovrebbe avvenire attraverso una pronuncia di incostituzionalità che estenda anche a forme di convivenza estranee al modello della coppia paraconiugale il medesimo diritto successorio.

La progressiva emersione del fenomeno della convivenza dall'irrelevanza giuridica presta il fianco all'estensione dell'analisi all'intera categoria della detenzione. Da una parte, l'individuazione dello scopo abitativo all'interno della causa del titolo di detenzione consente di

qualificare come meritevoli di protezione possessoria *ex art* 1168 c.c. alcuni casi tradizionalmente ricondotti nella detenzione per ragioni di servizio (ad esempio il portiere o il collaboratore domestico). Più problematica è l'opportunità, caldeggiata in alcune pronunce della Corte di Strasburgo, di espandere la tutela del godimento di fatto del detentore anche avverso turbative difendibili con l'azione di manutenzione.

La carenza di legittimazione attiva *ex art.* 1170 c.c. in favore del detentore è già stata oggetto del vaglio di costituzionalità da parte della Corte costituzionale con esito negativo. Tuttavia, proprio alla luce della tutela costituzionale dell'abitazione, il superamento di un'impostazione che tenda a leggere la situazione di detenzione come meno meritevole di tutela rispetto al possesso può essere perseguito attraverso l'integrazione del parametro costituzionale dell'art. 3 Cost. con l'art. 8 CEDU, con il risultato di estendere la legittimazione attiva all'azione di manutenzione alle detenzioni fondate su un titolo la cui funzione pratica è quella di soddisfare un bisogno abitativo (ad esempio, la locazione, il comodato, la convivenza).

Infine, l'ultima parte della riflessione è dedicata alle ipotesi di maggiore conflitto, in cui un immobile è occupato *sine titulo*. Il fenomeno dello *squatting* ha assunto una sempre maggiore rilevanza sociale contestualmente alla crisi economica e all'aumento dell'esclusione abitativa. Dal punto di vista sociologico sorge la necessità di differenziare le varie ragioni che stanno alla base di un atto di usurpazione di un immobile altrui per isolare le ipotesi sorrette da un bisogno abitativo stringente. Per l'allarme sociale che ha generato in passato, l'occupazione viene sanzionata anche sul piano extra-civile attraverso strumenti di deterrenza più o meno indiretti.

Tra questi, il più rilevante è sicuramente l'ipotesi di reato prevista all'art. 633 c.c. (invasione di terreni e edifici). L'affermazione del diritto all'abitazione ha consentito di escludere la punibilità del reato attraverso l'applicazione della causa di giustificazione dello stato di necessità (art. 54 c.p.). Si tratta di decisioni sporadiche che pur ammettendo l'astratta rientranza dell'esclusione abitativa nella nozione di danno grave alla persona non riesce fino in fondo a adattare la struttura di questo particolare diritto inviolabile con i presupposti dell'istantaneità e inevitabilità altrimenti del pericolo. Tuttavia, come si è visto, se si afferma l'autonoma rilevanza del bisogno abitativo per l'integrazione dello stato di necessità, ciò implica un necessario adattamento del giudizio di proporzione che sia in grado di contemperare l'effettivo



utilizzo dell'immobile da parte della persona offesa con un'ipotesi peculiare di danno grave (la situazione di esclusione abitativa), la quale necessariamente assume il carattere della permanenza.

**Tabella 3 – Tutela dello squatting**

	Rilevanza penale	Tutela possessoria	Tutela risarcitoria	Limiti alle pretese restitutorie del proprietario
Occupazione abusiva con finalità non abitativa	Invasione di terreni o edifici (art. 633 c.p.)	Per i beni privati, artt. 1168 e 1170 c.c.  Per i beni demaniali, tutela contro i privati nei limiti di art. 1145 c.c.)  Nessuna tutela possessoria contro atti compiuti dalla P.A.	Nei rapporti tra privati, per i danni al mancato godimento del bene derivanti dallo spoglio o dalla molestia (danno patrimoniale)	Tutela risarcitoria in caso di comportamento contrario buona fede oggettiva del proprietario lesivo dell'affidamento del tollerato  Verso lo Stato, in caso di lesione di una <i>legitimate expectation</i> (Art. 1, I Prot., CEDU)
Occupazione abusiva con finalità abitativa (bene pubblico)	Stato di necessità (art. 54 c.p.) in caso di pericolo attuale e inevitabile di esclusione abitativa	Per i beni demaniali, tutela contro i privati nei limiti di art. 1145 c.c.)  Nessuna tutela possessoria contro atti compiuti dalla P.A.	Danno da mancato godimento dell'abitazione (danno patrimoniale e non patrimoniale)	Art. 8 CEDU: Controllo giurisdizionale di proporzionalità dell' <i>eviction</i> e obbligo positivo della P.A di trovare un'alternativa abitativa in caso di rischio di <i>homelessness</i>
Occupazione abusiva con finalità abitativa (bene privato)	Stato di necessità (art. 54 c.p.)	Artt. 1168 e 1170 c.c.	Danno da mancato godimento dell'abitazione (danno patrimoniale e non patrimoniale)	Art. 11, d.l. 14/2017: cabina di regia incaricata del <i>re-housing</i> in casi di particolare vulnerabilità + Indennità da ritardo per il proprietario

Tali riflessioni, pur necessarie ad avere una visione complessiva del fenomeno dell'occupazione abusiva, lasciano ancora impregiudicati gli aspetti civilistici del conflitto tra occupante e proprietario. Come si è detto, la questione deve essere trattata diversamente a seconda che la proprietà dell'immobile sia pubblica o privata.

Nel primo caso, si impone il rispetto delle garanzie costituzionali – di procedura e di sostanza – richieste dalla Convenzione Europea a protezione del rischio di *homelessness*. Dall'analisi delle pronunce aventi ad oggetto il controllo di legittimità dei provvedimenti di autotutela possessoria esperiti dall'amministrazione pubblica che voglia sfrattare un occupante abusivo da un immobile dell'edilizia residenziale pubblica emergono alcuni contrasti rispetto all'approccio garantista richiesto dal *vademecum* CEDU: in primo luogo, si pone la necessità di motivare il provvedimento amministrativo del parametro di “necessità in una società democratica”, mentre la giurisprudenza amministrativa non pone l'accento su tale esigenza. Altra circostanza ignorata dai giudici italiani ma rilevante per la Corte EDU, è la pregressa inattività dell'amministrazione statale e l'idoneità di questa a consolidare il legame tra abitante e immobile nella costituzione di una *home* meritevole di tutela. Infine, l'obbligo di fornire misure alternative che siano in grado di impedire che dallo sfratto derivi una conseguenza pregiudizievole in termini di stabilità abitativa per chi lo subisce non emerge né a livello normativo né giurisprudenziale. Tali discrepanze tra diritto vivente nazionale e sovranazionale, possono essere superate attraverso una correzione della prassi giurisprudenziale: come si è visto, infatti, l'organo giudicante è destinatario diretto dei doveri imposti dalla CEDU e, quindi, (non solo può ma) deve – nei limiti in cui la legislazione non si ponga in esplicito contrasto ma appaia soltanto lacunosa – superare la discrepanza facendo diretto riferimento all'art. 8, come interpretato dai giudici di Strasburgo.

Le conclusioni appena svolte non possono essere trapiantate *sic et simpliciter* nell'ipotesi in cui il conflitto riguardi due privati, per diversi ordini di ragioni. Innanzitutto, è necessario distinguere tra l'occupazione tollerata e quella a cui è conseguito l'acquisto del possesso. In caso di tolleranza del proprietario, l'occupante è esposto al potere del privato di agire in autotutela per il recupero della *res*, stante l'assenza di un potere di fatto tutelabile in capo al primo. Di fronte ad un atto materiale di recupero della cosa, il tollerato potrà agire soltanto in via risarcitoria e solo per lamentare l'affidamento generato dalla pregressa

*permissio* e successivamente leso da una contraddittoria e non preannunciata estromissione. La rilevanza del diritto all'abitazione, tuttavia, potrà comunque essere apprezzata in sede di liquidazione del danno, che dovrà contemplare non soltanto la riparazione dell'affidamento in sé – e, quindi, gli oneri economici che il privato si è addossato confidando nella continuazione dell'attività permessa – ma anche il danno non patrimoniale da lesione del mancato godimento abitativo per tutto il periodo di tempo che sarebbe stato necessario a rendere la successiva *prohibitio* non lesiva dell'affidamento.

Diversamente, nell'ipotesi in cui all'occupazione derivi un comportamento di assoluta inerzia, l'occupante sarà innanzitutto tutelato contro le estromissioni violente del proprietario, a cui è negato il potere di autotutela possessoria. Quest'ultimo, nei limiti di un anno dal momento in cui l'estromissione è diventata conoscibile – secondo un criterio di diligenza nel controllo dei propri beni – potrà agire in reintegrazione. La tardiva reazione oltre l'anno lo costringerà ad esperire la meno rapida e più ardua azione di rivendicazione.

Rispetto ad ipotesi di questo tipo, nessun affidamento può configurarsi, stante la a-relazionalità della vicenda. Al più, è possibile ammettere, in casi limite di estrema debolezza dei soggetti interessati, che il giudice operi una valutazione di mera sproporzione – *ex art. 833 c.c. e art. 8 CEDU* – dell'esercizio dello *jus excludendi* rispetto ai contrapposti interessi lesi che si traduca in una sospensione dell'esecutività della condanna per un termine di tempo sufficiente a consentire l'intervento di sostegno da parte del soggetto pubblico. Una simile proposta richiederebbe però una rilettura dei presupposti di applicazione del giudizio di emulazione che l'attuale formulazione non consente. Inoltre, anche volendo auspicare un simile ripensamento in via ermeneutica dell'art. 833 c.c., mancherebbe in ogni caso una disposizione di collegamento della valutazione di sproporzione dell'esercizio del diritto con il correlato obbligo di intervento statale.

Ebbene, pur se in via estremamente embrionale, la legislazione recente (art. 11 D.L. 14/2017) ha introdotto un apparato procedurale *ad hoc* che crea un ponte tra le parti private in conflitto (proprietario e occupante) e la pubblica amministrazione, e che fa esplicito riferimento alla necessità di provvedere alla ricollocazione dei soggetti a rischio di esclusione abitativa. Questa disciplina però risulta insoddisfacente per la sua impronta marcatamente securitaria, che si traduce, in termini di disciplina, nell'attribuzione esclusiva all'autorità amministrativa –

piuttosto che a quella giurisdizionale (come richiederebbe la CEDU) – del potere di valutare lo stato di esclusione abitativa.

Questo studio ha consentito di offrire una definizione del modo in cui la direttiva costituzionale di protezione del diritto all'abitazione richieda un adattamento delle regole civilistiche. Questo ripensamento è già in atto se non addirittura compiuto per quanto riguarda alcuni fenomeni sociali di fattuale godimento particolarmente diffusi e accettati (le unioni di fatto). Per altre situazioni, invece, il percorso di rilettura in senso personalista della tutela dell'abitante *sine titulo* è ancora in salita stante la maggior diffidenza socioculturale che queste suscitano nella coscienza sociale e, di conseguenza, sul piano dell'azione legislativa. Tuttavia, l'urgenza di dare al diritto alla casa effettiva tutela impone all'interprete di superare un approccio neutrale, se non addirittura ostile, e di far proprie quelle che altrimenti rischiano di restare mere declamazioni di principio.

In una prospettiva di futura continuazione del lavoro, lo sviluppo naturale della ricerca non potrebbe che porsi in una prospettiva *de jure condendo*, al fine di implementare attraverso una regolamentazione più sistematica quell'apparato di garanzie che viene richiesto dalle fonti sovranazionali ma che trova attuazione soltanto attraverso estemporanee applicazioni giurisprudenziali o embrionali recepimenti legislativi. Per offrire agli attori privati in conflitto maggior certezza sulla sorte dei loro interessi patrimoniali e personali, è necessario infatti integrare in via legislativa le regole civilistiche che governano il conflitto tra proprietà e uso abitativo con gli strumenti di intervento statale di *social housing*: soprattutto sul piano procedurale, la connessione tra la fase giudiziale di condanna/esecuzione dello sfratto e la necessaria prestazione di *re-housing* che l'autorità pubblica dovrebbe attuare nei casi di più grave esclusione abitativa, richiederebbe un maggior coinvolgimento dell'attore pubblico.

Da una parte, è necessario attribuire all'organo giurisdizionale il potere di accertare la condizione di disagio abitativo e di attivare una procedura amministrativa di sostegno. Dall'altra, questi strumenti giurisdizionali andrebbero indirizzati non tanto verso gli apparati amministrativi di pubblica sicurezza presenti sul territorio quanto piuttosto verso gli enti che sono in concreto deputati ad offrire assistenza abitativa sul territorio.

Dal punto di vista sostanziale, invece, l'intervento legislativo dovrebbe recepire la tecnica di bilanciamento sviluppata dalla

giurisprudenza CEDU, al fine di fornire al giudice civile un parametro di giudizio applicabile al caso concreto – sia rispetto agli sfratti pubblici che privati – che permetta attraverso l'opera di concretizzazione giudiziale di far emergere i vari criteri di bilanciamento – attivismo del proprietario e bisogno abitativo – degli interessi in conflitto.

## Doctoral thesis

### *Protecting housing possession in the Italian legal framework*

---

## ENGLISH SUMMARY

---

### Table of contents

1. Introductory remarks. **1.1.** Different concepts of housing rights. **2.** Law of possession. **2.1.** Possession in the theoretical debate. **2.2.** Distinction between possession and detention. **3.** Owner's inactive behaviour. **3.1.** Toleration. **3.2.** Inertia and abandonment. **4.** Right of housing in the multilevel legal framework. **4.1.** Italian Constitution. **4.2.** Article 7 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. **4.3.** Article 8 of the European Convention of Human Rights. **5.** Housing exclusion cases: which remedies? **5.1.** Cohabitation outside marriage. **5.2.** Possessory actions for tenants and other personal rights holders. **5.3.** Urban squatting.

---

### 1. Introductory remarks

In civil law countries, legal studies commonly analyse property rights and *possessio* in patrimonial terms, without taking into due account the nonpecuniary interests involved in the enjoyment of certain goods. Apart from the broader dichotomy between movable and immovable property, the 3rd Book, Title VIII, of the Italian Civil Code—which regulates possession—does not distinguish between the specific goods' end uses on which the possessory activity insists. The regulation of property rights is focused on the economic balance of the opposing interests at stake, without considering if their application could affect essential human needs protected at the highest level of the constitutional system.

This issue becomes crucial once we consider particular goods, such as the home, which have a direct link with personal human needs<sup>1</sup>. Indeed, because the home represents not only a financial asset or a physical space but also the place where an individual can fully develop his personality and find a source of social security, house dispossession involves for the occupier an additional loss beyond the mere commercial value<sup>2</sup>. Thus, from this alternative perspective, the house should be conceived as special goods: Since it is the place where some fundamental rights can be fully developed, it deserves stronger protection by the overall legal order.

This peculiar attribute of the home to satisfy a fundamental human need emerges also in constitutional and international legal sources. According to the Italian Constitution, the human right of housing not only would influence law-making toward enhanced housing access but also should have horizontal effects concerning the traditional civil institutions which regulate the enjoyment of home<sup>3</sup>. International legal sources as well recognise the importance of housing interests: According to Article 8 of the European Convention of Human Rights (ECHR), as applied by the Court of Strasbourg, since «*the loss of one's home is a most extreme form of interference with the right to respect for the home [...] any person at risk of being a victim thereof should in principle be able to have the proportionality of the measure determined by an independent tribunal [...], notwithstanding that, under domestic law, he has no right of occupation*»<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> The importance of the home for human well-being has been well explained in a general perspective by the theorisation of the 'Property for Personhood'. According to this idea, there are «*some property worthier of protection than other property*» because of the personal consequences suffered by the holder for its loss. M. J. RADIN, *Property and Personhood*, in *Stanford Law Review*, n. 34, 5, 1982, pp. 957.

<sup>2</sup> L. FOX O'MAHONY, *Conceptualising home: theories, laws and policies*, Hart Pub, Oxford ; Portland, Or, 2007; L. FOX O'MAHONY, J. A. SWEENEY, *The idea of home in law: displacement and dispossession*, in L. FOX O'MAHONY, J. A. SWEENEY (ed.), *The idea of home in law: displacement and dispossession*, Ashgate Pub, Farnham, Surrey, 2011.

<sup>3</sup> See Corte Cost., 7 April 1988, n. 404, in *Giur. cost.*, 1988, I, 1789. Cfr. U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, Giuffrè, Milano 1980. Più di recente, E. BARGELLI, *Abitazione (diritto alla)*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, Giuffrè, Milano 2013; EAD., *Costituzionalizzazione del diritto privato e diritto all'abitazione. Dal diritto interno alla Cedu e alla Corte di Giustizia e ritorno*, in E. NAVARRETTA (ed.), *Drittewirkung e principio di effettività nelle discipline di settore. Bioetica. Diritti sociali. Alimentazione*, Giappichelli, 2017;

<sup>4</sup> See ECtHR, 13 May 2008, App. No. 19009/04, *McCann v. the United Kingdom*, § 50; ECtHR, 21 September 2010, App. No. 37341/06, *Kay and Others v. the United Kingdom*,

Furthermore, this case law justifies the research focus on the relationship between *de facto* possession and the housing law. Indeed, the institution of possession recognises the interest of factual control over goods despite the lack of a title, rendering it worthy of special protection. While ownership attributes to its holder several powers<sup>5</sup>, including those which take advantage of the commercial value of the goods (i.e., the right to dispose), the regulation of possession roughly focuses on the protection of the direct enjoyment of goods. Thus, the matter of factual possession is completely oriented to preserve the goods' use value, whereas owners' interests (like landowners' and mortgage creditors' rights) are often linked to the goods' commercial value. This feature of possessory rules exhibits an essential aspect of the housing approach. Indeed, from the housing law perspective, the personal value of the home is recognised regardless of the title which justifies its use and by looking only at the physical control of the house. This statement is further confirmed by considering the scope of Article 8 ECHR. Whereas the mere fact of possession (or occupation) without any vested right is not protected under Article 1, Protocol I, according to Article 8 case law, «*whether or not a particular habitation constitutes a 'home' for the purposes of Article 8(1) will depend on the factual circumstances of the particular links, namely the existence of sufficient and continuous links. It is not limited necessarily to those homes which have been lawfully occupied or lawfully established*»<sup>6</sup>. Of course, these decisions do not involve a whole and absolute protection of unlawful house occupation. Instead, they suggest how the housing security interest should be considered worthy of protection by the legal framework despite the lack of a property right over the goods.

Following these suggestions, the research aims at filling the gap between the civil law approach and the human rights perspective, investigating how the traditional institution of possession may be rethought, in order to give adequate protection to a person's fundamental interest of housing whenever they lack a legitimate legal basis. Moving

---

§ 68; ECtHR, 17 October 2013, App. No. 27013/07, *Winterstein and Others v. France*, § 148.

<sup>5</sup> The "incidents", using the definition of A. M. HONORÉ, *Ownership*, in A. G. GUEST (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 1961.

<sup>6</sup> ECtHR, 15 May 1996, App. No. 28370/95, *Mabey v. the United Kingdom*; ECtHR, 25 September 1996, App. No. 20348/92, *Buckley v. the United Kingdom*; ECtHR, 24 November 1986, App. No. 9063/80, *Gillon v. the United Kingdom*; ECtHR, 18 November 2004, App. No. 58255/00, *Prokopovitch v. Russia*; ECtHR, 17 October 2013, App. No. 27013/07, *Winterstein and Others v. France*.



from an overview of the Italian law of possession, the study integrates the traditional law of possession with the human rights doctrine to demonstrate the impact of the multilevel constitutional notion of the right of housing (art. 2 Italian Constitution, art. 7 CFREU, art. 8 ECHR) on the remedial framework of possessory situations. The effects of the right to housing in civil law regulation are then tested in various living situations characterized by different degrees of exclusion and conflict (i.e., *de facto* cohabitation outside marriage and squatting).

In particular, the paper addresses two different conflicts: that arising between the possessor and the owner, on the one hand, and that between the possessor and third parties, on the other. In the first case, the paper considers how the owner's lack of use of their property may influence the degree of protection to be granted to the possessor and may justify a limitation of the opposing property right claims. In the second case, the paper illustrates how the fundamental nature of the right to housing may justify a stronger protection of the house possessor against third parties' unlawful taking or disturbance. Eventually, the paper will propose a set of remedies—different from those currently available in civil law—for each case of housing exclusion, in order to ensure the stronger protection of housing interests required by constitutional legal sources.

### **1.1. Different concepts of housing rights**

At a constitutional level, we can distinguish different concepts of housing rights according to the type of claim at stake in the specific case. In the present research, the main distinction to consider concerns the right *to* housing as a right to benefit from the public service of social housing thanks to a positive State action, on the one hand, and the right *of* housing arising from a conservative claim against a third party's interference in the enjoyment of a house, on the other hand.

The former expresses the typical social right, whose satisfaction depends on a positive State action: The right to housing access in favour of those who are economically excluded from the housing market requires a redistributive approach that provides social housing services supported by public finance. The main critical issue concerns the limitation of its enforceability: Can the State be obliged to provide a dwelling in favour of private homeless individuals? If so, under what conditions? Finally, what legal consequences derive from its breach?

On the contrary, when protection concerns the effective enjoyment of a dwelling already available to the individual and their family, the right to housing implies the need to protect this activity, attributing to the individual a freedom from external interference, enforceable against State abuses (vertical effect) and private third-party injuries as well (horizontal effect). The structure of the claim is similar to that of other negative freedoms since it aims to protect the private and family spheres of the person against injuries that threaten the living space. This different declination of the right to housing, because of its conservative content, which does not imply positive actions, can more easily be addressed not only by the State—which is in any case obliged to respect private and family life—but also in private relations.

Both concepts of housing rights are strictly linked to the possessory protection of living situations. Indeed, when the enjoyment of housing occurs absent any property right, the protection of housing *continuum* (right of housing) and that of access (right to housing) are intertwined, assuming a concurrent relevance for the resolution of the conflict between the de facto possession and the opposing property interest.

In fact, in the specific context of socio-economic vulnerability, the protection of housing interests imposes a duty to evaluate the proportionality, despite the de facto living situation having no legal bases in property law to suspend the legitimate eviction procedure conducted by the formal owner. On the other hand, as previously mentioned, the positive obligation to provide alternative solutions in favour of people at risk of homelessness should be borne by the State (and not by the private party). So, in the case at issue, the conflict between private individuals (the illegal occupier and the owner) cannot be resolved simply by prevailing one interest over the other but by considering the State as positively involved in the fulfilment of both interests at stake. In this perspective, it is necessary to investigate whether and under what conditions an enforceable obligation of the State can be configured to determine when the de facto housing possession is worthy of protection and how to adjust the civil legal framework to this specific task.

## 2. Law of Possession

As mentioned above, possessory situations are regulated and protected by the 3rd Book, Title VIII, of the Italian Civil Code. According to the general aim of the research, the analysis of the civil law

requires a selective approach that focuses only on the critical issues involving *de facto* housing situations. Thus, the study deals with immovable goods regulation, paying close attention to housing end-use buildings. Moreover, the investigation is limited to the rules governing the *interim* situation of *possessio*. So, the institution of *usucapio*, which regulates the acquisition of ownership (or any other right *in rem*) through the exercise of possession along time, is overlooked<sup>7</sup>.

This overview of the Italian law of possession represents a preliminary recognition of how that law is conceived and applied in the Italian legal context. The legal regulation of possession raises interpretative doubts which have been addressed by scholarship and jurisprudence. The aim of this preliminary chapter is to highlight the critical issues of the law of possession and their possible links to the main objective of the research.

## 2.1. Possession in the theoretical debate

First, two different theoretical approaches have traditionally sought to describe the structure of possession, depending on the relevance that each gives to the possessor's intention as a free-standing legal prerequisite. This work does not intend to resolve such an historical dispute about the intimate nature of possession but seeks to highlight how each of the possible theoretical approaches can influence ascertainment of the conservation of possession and its distinction from other *de facto* situations differently protected by legal framework, such as detention (see below).

Indeed, according to the 'will theory'<sup>8</sup>, the possessor is able to maintain power over the goods, and consequently the juridical protection provided by the law, thanks merely to their intention to exclude everyone else. As the formula *possessio solo animo* expresses, after the

---

<sup>7</sup> The topic of the ownership acquisition by the fact of use is strictly linked to the subject of this research, and some references are necessary to clarify the content of possessory situations. However, to investigate more in depth the relevance of housing interest in this specific institution, the wish is integrating the research with further future works.

<sup>8</sup> The will theory is strongly supported by several Italian scholars, such as L. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, Giuffrè, Milano, 1952; R. CATERINA, R. SACCO, *Il possesso*, Giuffrè, Milano, 2014; A. FEDELE, *Possesso ed esercizio del diritto*, Giappichelli, Torino, 1950. The father of the will theory of possession is considered F. K. VON SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, 1865.

initial taking, the possessor would conserve control over the goods despite prolonged inactivity: Until the occurrence of external events able to definitively deprive the possessor of the virtual power to use the goods, the possessor may avail the possessory protection and, eventually, thanks to *usucapio* will acquire the vested property right.

On the other hand, the objective theory of *possessio*<sup>9</sup> argues that the intimate state of mind to hold goods as an owner increases the cost of ascertainment and proof. Thus, the notion of possession should be simplified to considering facts which can be externally stated. According to this perspective, the continuity of possession should depend only on the active behaviour of the holder, without considering psychological states. Since possession differs from property rights because of its nature of effective exercise of a power over the goods, there is no space for possessors' inactive behaviours.

As highlighted by the opposing scholarship, this approach is not exempted from severe criticism concerning the high standard of proximity required for the possessor to maintain possessory power over the goods: Whether a single and material act of non-use is able to determine loss of possession, such a stringent condition would be absolutely incompatible with any normal needs of daily life<sup>10</sup>. Incidentally, the modern development of the objective approach has finally overcome these critical aspects, shaping the standard of possession continuity in relation to the specific goods' end use: The conservation of the situation will depend on whether the socio-economic utility of the goods aligns with the possessor's activity considered as an overall behaviour and not as a simple sequence of singular acts.

These last findings are essential for the following investigation into the relevance of inactive owners' behaviour against third-party possessors' taking of their goods and the different protections afforded by the law according to different degrees of owners' inactivity.

---

<sup>9</sup> Traditionally sustained by R. VON JHERING, *Ueber den Grund des Besitzesschutzes: eine Revision der Lehre vom Besitz*, Mauke 1869. In Italian scholarship, see F. ALCARO, *Il possesso*, Giuffrè, Milano 2014; E. CARBONE, *Animus: elemento soggettivo e imputazione legale degli effetti [riflessioni sull'attualità di una formula]*, Jovene, Napoli 2010; F. DE MARTINO, *Del possesso. Art. 1140-1172*, in A. Scialoja, G. Branca (ed.), *Commentario del Codice Civile*, Zanichelli, Bologna 1984.

<sup>10</sup> Y. CHANG, *The economy of concept and possession*, in Y. CHANG (ed.), *Law and Economics of Possession*, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom 2015.

## 2.2. Distinction between possession and detention

The second crucial aspect to be dealt with is the distinction between possession and detention as these terms are defined by the civil code. Not all national legal frameworks contain this distinction. Nevertheless, the Italian Civil Code gradates the protection of possession and detention differently (see art. 1168 e 1170 Italian c.c.). The recognition of the scope of both conditions will help to qualify living situations in the absence of a property title to the house. Therefore, it will be possible to define the intensity of the protections afforded the owner and third parties for each housing exclusion case.

The legal criterion traditionally applied to distinguish possession and detention is influenced by the will theory: While the possessor holds the goods with *animus domini* (i.e., the intent to possess as an owner), the *detentor* has actual control without such intent.

A most recent theory<sup>11</sup>, followed by Italian case law, identifies a different dividing line between possession and detention, based not on will but rather on an objective prerequisite, such as *title*. Contrary to possession, detention occurs when material control over the property is based on a contractual title (regardless of whether it is valid or not) which gives rise to personal rights like tenancy or free rent (i.e., *comodato*). In such cases, the detentor recognises that others have a stronger possessory power over the same goods.

As stated, the Italian Civil Code does not protect detention and possession with the same intensity. While the latter is protected against material acts both of unlawful taking (art. 1168, *Azione di reintegrazione*) and disturbance (art. 1170 c.c., *Azione di manutenzione*), the former enjoys a lesser juridical protection, differently afforded according to the nature of the title on which it is based. The only instrument for protecting detention is *action spoli*, whose scope is limited to unlawful takings, while mere acts of disturbance against the detentor are not considered unlawful. Moreover, the civil code identifies a certain category of detentors as having no possessory actions, against neither unlawful taking nor disturbance: As Article 1168 of the civil code specifies, the

---

<sup>11</sup> S. PATI, *Una nuova lettura degli articoli 1140 e seguenti c.c.*, in *Rivista di diritto civile*, n. 49, 2, 2003, pp. 149–166; F. ALCARO, *Il possesso*, cit.; R. OMODEI SALÈ, *La detenzione e le detenzioni: unità e pluralismo nelle situazioni di fatto contrapposte al possesso*, CEDAM, Padova 2012.

action is available to the detentor, except in cases in which they hold the thing for reasons of *service* or of *hospitality*.

This gradated distribution of possessory action among different types of holders (possessor, detentor, detentor for reasons of *service* or of *hospitality*) was drawn by the lawmakers of 1942 because of a traditional concept of the central role of property rights in rem and a lack of consideration of the nonpecuniary interest involved in each type of *de facto* use of goods. The preliminary recognition of the distribution of possessory actions allows its inadequacy to be tested in light of constitutional and international protections of housing rights.

### 3. Owner's inactive behaviour

To further explore the conflict between vested interest in and *de facto* use of the same goods, in the second chapter, the study investigates the relevance of the property owner's behaviour to the acquisition of possession by the third occupier.

More to the point, the focus is on how tolerant or inertial behaviour displayed by the owner at the interference of unlawful occupiers influences the legal qualification of the latter's situation. This aspect is strictly linked to the housing issue. As some scholars have noted, in fact, «*one of the principal tensions in relation to unlawful occupation in the housing context is between the use of property by squatters, the non-use of empty homes by landowners, and the implications of both for the housing allocation process*»<sup>12</sup>. Therefore, the analysis of landowner behaviour in front of others' interference—in a general perspective—can clarify how the degree of the owner's disinterest in the use of the house can favour the acquisition of a peaceful possession by the occupier and, more broadly, exert influence in balancing the different interests at stake.

The first step is identifying the owner's behavioural models which are relevant in the law of possession.

#### 3.1. Toleration

The Italian Civil Code explicitly rules on tolerant behaviour in front of others' interferences: «*Acts performed at the toleration of another cannot serve as the basis of acquisition of possession*» (art. 1144 c.c., *Atti di*

---

<sup>12</sup> L. FOX O'MAHONY, N. COBB, *Taxonomies of Squatting: Unlawful Occupation in a New Legal Order*, in *The Modern Law Review*, 6, 2008, pp. 878-911, p. 886.

*tolleranza*). This rule states that a conscious nonreaction against interference made by occupiers does not qualify the latter as possessors, even if their activity objectively corresponds to possessory control over the goods. The basic function of the rule is to consider that if the owner (or the preceding possessor) tolerates the others' interference, the owner is maintaining a control over the goods, which justifies the conservation of possession.

The rule clearly explains the legal effect of toleration on possession acquisition. Nevertheless, considering the act of toleration in a general perspective, it is possible to make explicit possible additional effects arising from such voluntary behaviour.

First, because toleration is a voluntary acquiescence to others' injuries, the owner's will (no matter if it is explicitly or implicitly expressed) allows the exclusion of tort law's responsibility of the occupier as a justification (i.e., the 'consent of the beneficial owner'). On the other hand, the occupier has no legal standing to bring possessory actions and cannot acquire ownership of the goods, thanks to *usucapio*.

Moreover, especially when the owner makes a positive statement of continuing toleration, prolonged toleration can found a reliance interest (or a legitimate expectation) for the occupier<sup>13</sup>, worthy of protection against the owner's disproportionate or abusive exercise of *jus excludendi*.

The protection of legitimate expectation against sudden acts of exclusion by the tolerant owner was recently applied in the European Court of Human Rights (ECtHR) case law concerning Article 1, Protocol I, European Convention (*Protection of property*). Thanks to the broad notion of 'possessions' included in the scope of Article 1, in several decisions, the court stated that, in certain circumstances, a

---

<sup>13</sup> S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Jovene, Napoli 1978; ID., *Atti di passaggio sul fondo altrui e tolleranza del proprietario*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2, 1978, pp. 495; E. CARBONE, *Tolleranza e buona fede nel possesso. Successione, accessione e cose fuori commercio. Artt. 1144-1147*, Giuffrè, Milano 2019. In common law see J. W. SINGER, *The Reliance Interest in Property*, in *Stanford Law Review*, n. 40, 3, 1988, pp. 611–751, p. 666: «*by effectively acquiescing to possession by another for a substantial period of time, the true owner has generated expectations in the "adverse possessor" about the true owner's intentions regarding the property. Wittingly or unwittingly, the owner conveys a message to the possessor that the owner has abandoned the property. The true owner and the adverse possessor have therefore developed a kind of relationship. The possessor comes to expect and may have come to rely on the fact that the true owner will not interfere with the possessor's use of the property. If the adverse possessor were to be ousted from the property, she would experience a loss*»

'legitimate expectation' of obtaining an asset may also enjoy the protection: Among these, the court found a (potential) violation in case of long-standing tolerance on the part of the authorities in respect of a precarious or unlawful occupancy of a public good<sup>14</sup>.

### 3.2. Inertia and abandonment

On the other hand, when the owner's inactivity is more intensive, the occupier has full possessory control over the goods: They claim against every act of material interference of their enjoyment, both taking and disturbance, and after 20 years, they can acquire ownership as well (*usucapio*). Thus, it is essential to determine when the owner is merely tolerating the occupiers' interference or, by contrast, is ignoring others' use of his goods. To distinguish *inertia* from toleration, case law has elaborated different legal presumption criteria, such as the duration of the interference and the relation between the owner and the occupier. Nevertheless, the main prerequisite of inertia against occupier interference is the absence of an actual control over the goods so as to be unknown by the owner but knowable in accordance with a diligence criterion.

When the occupier acquires possession thanks to the owner's inactivity, no acquiescence can exclude the former's liability for the unlawful taking of the goods. Nevertheless, according to recent case law, despite the abstract liability for possession, the abandonment of the goods by the owner can influence the quantification and compensation of the pecuniary damage caused by the unlawful possession: Indeed, if the compensation should correspond to the effective damage suffered by the aggrieved party, a prolonged non-use of the goods can influence the compensation for the loss of the enjoyment of the goods.

This last consequence of inactive behaviour leads to a broader consideration of the role of property non-use in possessory

---

<sup>14</sup> ECtHR, 18 June 2002, App. No. 48939/99, *Öneriyildiz v. Turkey*; ECtHR (Grand Chamber), 30 November 2004, App. No. 48939/99, *Öneriyildiz v. Turkey*; ECtHR, 27 February 2008, App. No. 21861/03, *Hamer v. Belgium*; ECtHR, 29 March 2010, App. No. 34044/02, *Depalle v. France*; ECtHR, 23 September 2014, App. No. 46154/11, *Valle Pierimpì Società Agricola S.p.A. v. Italy*, commented by T. GRECO, M. GRECO, *Valli da pesca, demanialità marittima ed esperance legittime del privato nella giurisprudenza Cedu*, in *Danno e responsabilità*, 2, 2015, pp. 129-50; ECtHR, 16 October 2018, App. No. 54490/10, *Zhidov and others v. Russia*; ECtHR, 29 June 2017, App. No. 20086/13, *Kosmas and others v. Greece*.



relationship. According to the objective theory of possession, when the absence of using the goods is incompatible with their specific end-use, the owner can lose possession (abandonment of possession) while maintaining the vested right. This statement has an essential implication for determining when the possession taking made by the occupier does not affect the possessory situation of the former holder and can be qualified as peaceful.

#### **4. Right of housing in the multilevel legal framework**

Having defined possessory situations in the national legal context, the second part of the research aims at testing their compatibility with constitutional and international protections of the right to housing. This analysis requires a preliminary recognition of right to housing content in the multilevel legal framework.

##### **4.1. Italian Constitution**

In the national constitutional system, the right to housing is not explicitly mentioned as a directly protected human right. Despite this lack, the Italian Constitution's catalogue of human rights has been adapted by the Constitutional Court's interpretation to update the text according to new needs of protection arising from society: In some important decisions—applying the general clause of human rights protection which attributes the power to go beyond the right textually mentioned—the court progressively affirmed the inviolable nature of the housing interest.

Thanks to this dynamic interpretative approach, the right to housing now extends protection to those who are claiming housing access and those who already are enjoying a home, no matter if with a solid legal basis.

The most important effect of housing rights enforcement in private relationships is the compensation for nonpecuniary damage suffered for the loss of the home. Thanks to the constitutional-oriented approach adopted by case law, nonpecuniary damages are compensated when the injury harms an interest constitutionally protected at the highest level, such as the right of housing. Thus, in several decisions, in quantifying the actual damage suffered by undue evictions, courts have included also the nonpecuniary prejudice deriving from the absence of

an adequate dwelling<sup>15</sup>. The compensation proves to be a ductile remedy, which is able to repair personal prejudice without upsetting the property rules established by the civil code and which can be applied even when the home's deprivation concerns a *de facto* situation.

## 4.2. Article 7 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union

In contrast, the European human rights charters introduce a more explicit protection of housing interests. Both Article 8 ECHR and Article 7 of the Charter of Fundamental Rights (CFR) contain 'twin' rules which include the all-encompassing notion of 'private and family life' and also the right to respect for the home. These provisions focus on protecting the interest in housing in its weakest sense: not as a claim to receive a home from the state but as a prerogative to protect the exercise of an already existing enjoyment, no matter if it lacks legal legitimacy.

Despite the similarities of content, the two articles differ in the field of application, according to the legal sources in which they are embedded.

The scope of Article 7 of the CFR remains strongly limited by the principle of conferral (art. 4 and 5 TUE), which governs the competences of the European Union and consequently limits the direct applicability of the right to housing: Housing rights' enforcement by means of the direct applicability of Article 7 CFR can concern only those matters of European competence on which the union has already adopted a secondary law act (i.e., regulations or directives). These limitations strongly affect the operation of Article 7 in matters such as

---

<sup>15</sup> The most relevant disputes concern private nuisances in condominium and neighbourhood relations: for water infiltration damages see Trib. Milano 30 September 2003, in *Guida al Diritto*, 2003, 50, 58 ss; Giud. Pace Venezia, 15 December 2009, in *Il giudice di pace*, 2011, 63; Trib. Genova, 7 October 2010, in *Resp. Civ.*, 2012, 4, 284 Trib. Napoli, sez. di Pozzuoli, 14 February 2011; Trib. Brindisi, 26 March 2013 n. 2126, *Danno e Resp.*, 2014, 5, 525; Trib. Trieste, 9 December 2013, n. 986, *dirittocivilecontemporaneo.com*; for damages caused by building activities see T. Brindisi, 26 March 2013, in *Vita Notarile*, 2013, 3, 1451; for harmful emissions see Cass. Civ., Sez. Un., 01 February 2017 n. 2611, in *Resp. Civ. Prev.*, 2017, 3, 821; Cass. Civ., 16 October 2015, n. 20927, in *Danno e Resp.*, 2016, 22; Cass. Civ., 19 December 2014, n. 26899, *Danno e Resp.*, 2015, p. 922.

rights in rem and possession, which are not included in the EU competences.

Nevertheless, with an important decision concerning the unfair terms of a consumer credit agreement, the Court of Justice has recognized an implicit weight to de facto housing interest: In evaluating the proportionality of the penalty for unfair terms, the court has given particular attention «to the fact that the property at which the procedure for the extrajudicial enforcement of the charge at issue in the main proceedings is directed is the immovable property forming the consumer's family home»<sup>16</sup>. Thus, according to this reasoning, the factual enjoyment of the house by the consumer's family—even if not involved in the agreement—can influence the intensity of the remedy required to ensure effective protection.

### 4.3. Article 8 of the European Convention of Human Rights

On the contrary, Article 8 ECHR has a broader scope, which explicitly includes the de facto enjoyment of the home under its protection: As mentioned above, the notion of home depends on factual circumstances, notwithstanding the presence of lawfully occupied or lawfully established living situations. The legal prerequisite to be entitled to a housing interest worthy of protection under Article 8 ECHR consists in sufficient and continuous links between the occupier and the home.

In such circumstances, the protection afforded by Article 8 ECHR is not absolute and unconditioned. Nevertheless, any interference of the full enjoyment of the housing must be in accordance with the law, pursue a legitimate aim and be 'necessary in a democratic society' (i.e., maintaining a proportionality between the aim pursued and measures taken by the State)<sup>17</sup>. Since in eviction cases of unlawful occupancy the first two prerequisites are generally respected, the main important legal criterion applied by the court is the proportionality test.

---

<sup>16</sup> See. CJEU, Case C-34/13, *Monika Kušionová v SMART Capital*, 10 September 2014, (ECLI:EU:C:2014:2189). See also CJEU, Case C-415/11, *Mohamed Aziz v Caixa d'Es-talvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, 14 March 2013 (ECLI:EU:C:2013:164).

<sup>17</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Pub., Strasbourg, 2019.

Strasbourg case law has further explained that such a requirement raises a question of procedure as well as of substance.

Regarding the former, the State mainly must implement in its procedural system rules which ensure that an independent domestic tribunal determines the proportionality and the reasonableness as well as a duty for the public authority to state reasons for the measure (i.e., providing sufficient information to the squatter) in light of the relevant principles under Article 8.

On the other hand, the substantive meaning of the proportionality test requires positive behaviours—both before and after the eviction—by the State in order to avoid the occupier's risk of homelessness. Among these, the States must execute eviction only if no other alternatives are available to pursue the legitimate aim underpinning the measure and, otherwise, where eviction is necessary, must find alternative housing solutions for the occupiers.

This system of safeguards is broadly applicable in case of vertical disputes (i.e., State versus individual), is without limitations by reason of the subject matter of the dispute and applies regardless of the factual or legal nature of the enjoyment. On the contrary, when the eviction is carried out in the interest of a private owner, no positive obligation or limitation of their property rights is conceivable, according to Article 8 ECHR protection. In such cases, as Strasbourg case law illustrates, we can have an 'indirect horizontal effect' deriving from the imposition of the positive obligations on the State to ensure effective protection of the Convention even in private relations. Therefore, by including the State in private housing disputes as the ultimate responsible party obliged to satisfy housing needs, it is possible to adapt the substantive and procedural safeguards designed for vertical disputes to this more complex relationship involving three legal entities (State, owner and occupier).

## **5. Housing exclusion cases: which remedies?**

The final part of the research draws upon the entire thesis, tying up the civil law regulation of possession with the human rights protection of the house. Having defined how constitutional and European protections of the right to housing can have a direct impact on possessory situations, the concluding part concerns housing cases where individuals may be at risk of exclusion. The aim is to investigate how civil law regulation should be rethought according to human rights

protection. The housing situations selected for the study can be distinguished on the basis of different degrees of security for the non-owning occupier and because of the different nature of the relationships between the occupier and the owner: a) de facto cohabitants outside marriage; b) tenants and other personal rights holders; c) urban squatters.

## 5.1. Cohabitation outside marriage

The progressive growth in society of forms of cohabitation other than marriage has led jurisprudence to address their lack of legal regulation. While in the past cohabitation outside marriage was considered by the civil law system as legally irrelevant—or even forbidden—in recent years case law has gradually extended parts of family law regulation designed for married couples. Thus, even the problem of qualifying the factual power exercised by the nonmarried cohabitant has been addressed by important decisions of the Italian Supreme Court<sup>18</sup>. For the aim of this research, it is interesting to analyse the argumentation of the judges concerning the extension of possessory remedies, on the one hand, and the role played by the good faith clause in determining when and how after the breakdown in the relationship the owner can fairly evict the other partner, on the other.

Regarding the first issue, the situation of cohabitant is qualified as detention and, consequently, is protected by possessory remedies against third parties, the cohabitant owner and his heirs as well: While in the past the non-owning cohabitant was considered merely a detentor for reasons of hospitality (see above 2.2), thanks to the new interpretation in light of constitutional principles of housing enhancement and pluralism of social groups, de facto cohabitation is considered a detention worthy of possessory protection *erga omnes* (i.e., against everybody else, both the owner and third parties).

As regards the second question, case law requires the owner to give a period of notice before the exclusion, according to the partner's economic condition, the duration of the cohabitation and other relevant factors.

---

<sup>18</sup> Cass. Civ., 21 marzo 2013, n. 7214, in *Famiglia e Diritto*, 2013, 7, 639; Cass. civ., 11 settembre 2015, n. 17971; Cass. Civ. 27 aprile 2017, n. 10377 in *Foro Italiano*, 2017, 6, 1, p. 1934.

## 5.2. Possessory actions for tenants and other personal rights holders

The tenant's situation as well as that of other personal rights holders qualifies as detention under civil law. As previously stated, since a tenant's situation is based on a personal rights title, he or she enjoys weaker possessory protection: Whereas action against unlawful taking is provided for by law, the action against disturbances belongs exclusively to the possessor. This unequal distribution of the means protecting a *de facto* situation has been sharply criticized by scholarship<sup>19</sup>, since it belongs to an outdated view about the role of right in rem and *in personam* in contemporary society. Nowadays, the exchange of wealth is based on obligatory contracts as much as on contracts transferring rights in rem in immovable property: The power over the goods arising from the former has a socio-economic relevance that justifies the same possessory protection.

These implications are further confirmed by ECHR case law which—applying positive obligation doctrine—requires the States to protect housing enjoyment even against private parties' disturbances. This lack of protection of detentions based on housing aim would be remedied by interpreting possessory actions regulation in light of ECHR principles.

## 5.3. Urban squatting

As some studies have found, the legal qualification of squatting changes according to the juridical context considered<sup>20</sup>. While criminal law judges squatting as a crime in certain circumstances (see, for example, art. 633 Italian c.p. - *Invasion of lands or buildings*), the possessory regulation recognises the occupation of a house as an activity worthy of protection, and the housing perspective emphasises this phenomenon as a paradigmatic example of market failure, in which the house is exploited by people who need it having no secure legal basis.

---

<sup>19</sup> See A. BELFIORE, *Interpretazione e dottrina nella teoria dei diritti reali*, Giuffrè, Milano 1979; A. GAMBARO, *La legittimazione passiva alle azioni possessorie*, Giuffrè, Milano 1979; G. LIOTTA, *Situazioni di fatto e tutela della detenzione*, Jovene, Napoli 1983.

<sup>20</sup> L. FOX O'MAHONY, N. COBB, *Taxonomies of Squatting: Unlawful Occupation in a New Legal Order*, in *The Modern Law Review*, 6, 2008, pp. 878-911; ID., *Living outside the system? The (im)morality of urban squatting after the Land Registration Act 2002*, in *Legal Studies*, n. 27, 2, 2007, pp. 236–260.

These different approaches coexist in the legal framework, and sometimes the antinomy between different ways to conceive the squatter's activity emerges in case law. Indeed, the Italian Supreme Court (Criminal Division) in some judgments has justified the occupation of buildings for housing aims as a necessity that excludes the criminal relevance of the act<sup>21</sup>. The main argument for this interpretation is that since housing needs are protected as a fundamental right by the Constitution, they deserve consideration in evaluating criminal responsibility for building invasion. Even if rarely applied to exclude concrete criminal sanctions, this statement represents an important step in recognizing a direct impact of housing interests in changing the criminalizing paradigm of urban squatting.

In civil law perspective, the enforcement of housing rights protection raises several questions about, first, the possibility of availing a protection directly deriving from constitutional and international legal sources (i.e., in absence of a positive regulation that transposes constitutional principles) and, second, the possibility of limiting the owner's competing claims. The problem needs to be addressed by distinguishing if the squatted building is owned by the State or by a private individual.

Regarding the eviction conducted by public authorities, according to Article 823 of the civil code, the State has a power of self-help (i.e., '*autotutela amministrativa possessoria*') against unlawful takings of public domain goods. In practice, this means that public authority can evict squatters without the need to bring proceedings in an independent tribunal and to state reasons for his act, as required by ECtHR case law's procedural safeguard. This lack represents a potential violation of the Convention that needs to be remedied by Italian Council of State statements more respectful of European Convention principles.

Regarding squatting in private buildings, as mentioned above, the procedural and substantive safeguards of Article 8 ECHR are not applicable in the same way as in public squatting. However, while the private nature of the conflict of interests at stake does not offer the same degree of protection in favour of squatters at risk of becoming

---

<sup>21</sup> Cass. Pen., 19 marzo 2003, n. 24290, in *Dir. Pen. e Processo*, 2004, 6, 719; Cass. Pen., 27 giugno 2007, n. 35580, in *Foro It.*, 2007, 12, II, c. 678; Cass. Pen., 17 gennaio 2008, n. 7183, in *Cass. Pen.*, 2009, I, 205; Cass. Pen., 11 febbraio 2011, n. 8724, in *Cass. Pen.*, 2012, V, 1747; Cass. Pen., 05 luglio 2012, n. 28115, in *Cass. Pen.*, 2013, VI, 2340; Cass. Pen., 11 gennaio 2013, n.15279, in *Diritto e Giustizia online* 2013, 3 aprile.

homeless, that doesn't mean the State is not equally bound by positive obligation to avoid this risk: Even if a private owner has the right to recover his goods, the State must adopt measures to introduce in private eviction proceedings an effective control of homelessness risk by the judge and a power to activate a re-housing procedure.

Indeed, an embryonic control on the housing exclusion condition of evicted occupiers has been introduced by Decree-Law 14/2017 (as modified by Art. 31-*ter*, par. 1, Decree-Law 113/2018). According to the Article 11, par. 3.1., in case of situation of exceptional vulnerability for who is unable to find an alternative accommodation for himself, the public authority in charge of executing the eviction has a positive duty to fix the emergency measures it considers appropriate to protect the occupant by establishing a direction cabin. On the other hand, for any undue delay in eviction proceeding, State is considered responsible and it must compensate the owner who has no fault in causing the unlawful occupancy. Although there are no specification about which kind of measures must be implemented by the State to avoid the risk of homelessness, the rules can represent an important step forward the enforcement of right of housing safeguard, as conceived by european and constitutional courts.



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI  
SITUAZIONI DI FATTO E TUTELA DEL DIRITTO ALL'ABITAZIONE  
Alessandro Dinisi

---

## BIBLIOGRAFIA

---

- J.-F. AKANDJI-KOMBE, *Positive obligations under the European convention on human rights*, in *Human rights handbook*, 7, 2007
- R. A. ALBANESE, *L'assegnazione della casa familiare: note critiche su uso e proprietà*, in *Rivista critica del diritto privato*, 3, 2015
- R. A. ALBANESE, *Within the Public-Private Divide. Right to Housing and Consumer Law in Recent European Private Law Trends*, in *Global Jurist*, 2018
- F. ALCARO, *L'attività: profili ricostruttivi e prospettive applicative (saggi)*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999
- F. ALCARO, *Il possesso, Artt. 1140-1143*, Il Codice civile. Commentario, diretto da P. SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 2014
- C. AMATO, *Affidamento (tutela dell')*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, UTET, Torino 2012
- K. AMORE, M. BAKER, P. HOWDEN-CHAPMAN, *The ETHOS definition and classification of homelessness: An analysis*, in *European Journal of Homelessness*, 2, 2011
- A. ANCESCHI, *Assegnazione della casa familiare*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, UTET, Torino, 2013
- M. ANDERSON, *Propietarios y "ocupas": ¿Ni víctimas ni verdugos? Contexto y planteamiento de la reforma española relativa al desalojo de ocupantes ilegales*, in *Revista Electrónica de Direito*, 3, 2018
- C. ANGIOLINI, *L'interpretazione estensiva dell'art. 1, prot. 1, Cedu: fra tutele proprietarie e beni comuni*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2, 2016
- C. ANGIOLINI, *La questione dei beni comuni: un itinerario fra regimi dei beni e diritti fondamentali*, Tesi di Dottorato, Università Ca' Foscari, Venezia 2018

I. ANRÒ, *Il parere 2/13 della Corte di giustizia sul progetto di accordo di adesione dell'Unione europea alla CEDU: una bocciatura senza appello?*, in *Eurojus.it* (<http://rivista.eurojus.it>, ultima consultazione il 05 luglio 19)

C. ARGIROFFI, *La proprietà, i possessi, la detenzione*, in P. CERAMI, M. SERIO (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica*, Vol. 2, Giappichelli, Torino, 2013

G. AULETTA, *Attività*, in *Enciclopedia del Diritto*, 3, Giuffrè, Milano, 1958

M. AURELI, *Detenzione e possesso nella convivenza di fatto: l'evoluzione giurisprudenziale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1, 2014

F. AZZARRI, *La proprietà e la tutela aquiliana dei diritti inviolabili*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011

F. AZZARRI, *Unioni civili e convivenze (diritto civile)*, in *Enciclopedia del Diritto. Annali*, Giuffrè, Milano, 2017

C. BACCAREDDA BOY, S. LALOMIA (a cura di), *Invasione di terreni ed edifici (art. 633)*, in *Trattato di diritto penale, Parte Speciale*, vol. VIII, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, CEDAM, Padova, 2010

L. BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in *Famiglia e diritto*, 10, 2016

L. BALESTRA, E. GUARDIGLI, *Profili civilistici delle convivenze*, in M. SESTA (a cura di), *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Giuffrè, Milano, 2017

A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia giuridica*, 1989

T. BALLARINO, *La proprietà protetta nel Primo Protocollo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1989

E. BARGELLI, *Abitazione (diritto alla)*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, Giuffrè, Milano, 2013

E. BARGELLI, *Costituzionalizzazione del diritto privato e diritto all'abitazione. Dal diritto interno alla Cedu e alla Corte di Giustizia e ritorno*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Drittwirkung e principio di effettività nelle discipline di settore Bioetica. Diritti sociali. Alimentazione*, Giappichelli 2017.

- E. BARGELLI, *La costituzionalizzazione del diritto privato attraverso il diritto europeo. Il right to respect for the home ai sensi dell'art. 8 CEDU*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2019
- L. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, Giuffrè, Milano, 1952
- S. BARIATTI, *Genesi e interpretazione dell'art. 1 del protocollo addizionale alla convenzione europea dei diritti dell'uomo nei lavori preparatori*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1989
- A. BELFIORE, *Interpretazione e dottrina nella teoria dei diritti reali*, Giuffrè, Milano, 1979
- M. BELLIN, *La responsabilità per mancata esecuzione dello sgombero*, in *Immobili e proprietà*, 3, 2019
- F. BENVENUTI, *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del Diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 1959
- S. BESSON, *Les obligations positives de protection des droits fondamentaux*, in *Revue de droit suisse*, 1, 2003
- F. BESTAGNO, *La dimensione sociale dell'abitazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale. Liber Fausto Pocar*, Giuffrè, Milano, 2009
- E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994
- C. M. BIANCA, *Diritto civile. 6. La proprietà*, Giuffrè, Milano, 1999
- C. M. BIANCA, *Diritto civile. 6. La proprietà, 2° ed.*, Giuffrè, Milano, 2017
- R. BIANCHI, *Residential tenancies and housing policy in Italy*, Pisa University Press, Pisa, 2017
- L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, Giuffrè, Milano, 1984

L. BIGLIAZZI GERI, *Addizioni e miglioramenti*, in *Enciclopedia Giuridica*, Treccani, Roma, 1988

L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, II, UTET, Torino, 1988

L. BIGLIAZZI GERI, *Rapporti giuridici e dinamiche sociali: principi, norme, interessi emergenti: scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1998

L. BIGLIAZZI GERI, F. D. BUSNELLI, U. BRECCIA, U. NATOLI (a cura di), *Diritto civile. I diritti reali*, vol. II, UTET, Torino, 1991

F. BILANCIA, *Brevi riflessioni sul diritto all'abitazione*, in *Le istituzioni del federalismo*, 3-4, 2010.

U. BISEGNA, *Tolleranza (atti di)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, Torino, 1973

G. BRANCA, *Osservazione a Cass. 26 aprile 1975, n. 1604*, in *Foro italiano*, I, 1975

N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990

C. BONA, *Accessione, comunione e Verwirkung - Parte I*, in *Il Foro italiano*, 4, 2018

C. BONA, *L'abbandono mero degli immobili*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017

U. BRECCIA, *Tutela della salute e disciplina dell'edilizia*, in F. D. BUSNELLI, U. BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Giuffrè, 1978

U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, Giuffrè, Milano, 1980

U. BRECCIA, *Possesso di diritti*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1985

U. BRECCIA, *Possesso e denunce nel quadro della tutela civile dei diritti*, in *Giurisprudenza italiana*, 1989

U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in AA. VV., *L'abuso del diritto*, CEDAM, Padova, 1998

U. BRECCIA, *Diritto all'abitare*, in *XXI Secolo*, Treccani, Roma, 2009

U. BRECCIA, *Immagini del diritto privato. Teoria generale, fonti, diritti.*, Vol. 1, Giappichelli, Torino, 2013

U. BRECCIA, *Itinerari del diritto all'abitazione*, in A. BUCELLI (a cura di), *L'esigenza abitativa: forme di fruizione e tutele giuridiche. Atti del convegno in onore di Gianni Galli (Firenze, 19-20 ottobre 2012)*, CEDAM, Padova, 2013

U. BRECCIA, *Incontro con gli allievi del dottorato in "scienze giuridiche" e in "diritto"*, relazione comunicata agli allievi in occasione della Presentazione del volume *Discorsi sul diritto*, Università di Pisa, Pisa, 29 maggio 2019

F. D. BUSNELLI, E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in AA. VV. (a cura di), *Studi in onore di Pietro Rescigno. Responsabilità civile e tutela dei diritti*, vol. 5, Giuffrè, Milano, 1998

F. D. BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona.*, in *Danno e responsabilità*, 8/9, 2003

F. D. BUSNELLI, *Le Sezioni unite e il danno non patrimoniale*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 2009

P. CABELLA PISU, *Azioni possessorie*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, II, UTET, Torino, 1988

L. CABELLA PISU, *Il possesso*, in G. VISINTINI (a cura di), *Trattato di diritto immobiliare*, CEDAM, Padova, 2013

L. CABELLA PISU, *Possesso e presunzioni legali*, in *Contratto e impresa*, 2014

V. CALDERAI, *Consenso informato*, in *Enciclopedia del Diritto. Annali*, Giuffrè, Milano, 2015

CAMERA DEI DEPUTATI, *Commissione parlamentare di inchiesta sulle condizioni di sicurezza e sullo stato di degrado delle città e delle loro periferie. Relazione sull'attività svolta dalla Commissione*, 2017

A. CANDIAN, *Atto autorizzato, atto materiale lecito, atto tollerato. contributo alla teoria dell'atto giuridico*, in AA. VV. (a cura di), *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Vol. III, CEDAM, Padova, 1950

M. CAPECCHI, *Usucapione del diritto di abitazione sulla «casa familiare» come soluzione per il mancato riconoscimento dei diritti successori del convivente superstite*, in *Familia*, 2, 2003

V. CAPUTI JAMBRENGHI, *I beni pubblici*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Vol. 1, Monduzzi, Bologna, 1993

E. CARBONE, *Animus: elemento soggettivo e imputazione legale degli effetti. Riflessioni sull'attualità di una formula*, Jovene, Napoli, 2010

E. CARBONE, *Possesso e detenzione nella famiglia di fatto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1, 2011

E. CARBONE, *Presunzione legale di possesso e regola di giudizio per l'usucapione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2, 2012

E. CARBONE, *Tolleranza e buona fede nel possesso. Successione, accessione e cose fuori commercio. Artt. 1144-1147, Il Codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 2019

V. CARBONE, *Il diritto vivente delle «immissioni»: intollerabile è anche il danno alla tranquillità familiare pur se non si misura in decibel*, in *Danno e responsabilità*, 1, 2016

V. CARBONE, *Responsabilità precontrattuale della P.A. che non adempie l'obbligazione ex lege di comportarsi secondo buona fede*, in *Danno e responsabilità*, 11, 2016

F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike, Roma, 2018

F. CARNELUTTI, *Trattato del processo civile*, Morano, Napoli, 1958

A. CARRATO, *Se l'amore è eterno finché dura, quale tutela ha il convivente di fatto che viene estromesso dall'altro dal godimento dell'abitazione comune?*, in *Corriere giuridico*, 12, 2013

- A. CARRATO, A. SCARPA, *Le locazioni nella pratica del contratto e del processo*, Giuffrè, Milano, 2010
- B. B. CASANELLA, *Nuevas formas de convivencia de carácter familiar o cuasi familiar*, in *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, 10, 2017
- R. CATERINA, *Impium praesidium. Le ragioni a favore e contro l'usucapione*, Giuffrè, Milano, 2001
- R. CATERINA, *Il possesso*, in A. GAMBARO, U. MORELLO (a cura di), *Trattato dei diritti reali*, Vol. I, Proprietà e possesso, Giuffrè, Milano, 2008
- R. CATERINA, R. SACCO, *Il possesso*, 3° ed., Giuffrè, Milano, 2014
- Y. CHANG, *The economy of concept and possession*, in Y. Chang (a cura di), *Law and Economics of Possession*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015
- Y. CHANG, *The Problematic Concept of Possession in the DCFR: Lessons from Law and Economics of Possession*, in *European Property Law Journal*, 1, 2016
- A. CHIANALE, R. CATERINA, *L'art. 1585, comma 2, c.c. e la tutela del conduttore.*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2, 2000
- M. CIANCIMINO, *Danno non patrimoniale da immissioni e tutela della proprietà. Nuovi profili interpretativi*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 3, 2018
- C. CICERO, *Interservio possessionis e irrilevanza dell'animus*, in *Rivista giuridica sarda*, 3, 2005
- C. CICERO, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*, in *Corriere giuridico*, 12, 2016
- C. CICERO, *L'accessione della costruzione eseguita del comproprietario sul suolo comune*, in *Giurisprudenza Italiana*, 11, 2018
- M. R. CIMMA, *Prescrizione e decadenza*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, UTET, Torino, 1996
- M. CIOCIA, *Il diritto all'abitazione tra interessi privati e valori costituzionali*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2009



N. COLACINO, *Nuove proprietà e beni comuni nel diritto internazionale ed europeo*, Edizioni Nuova Cultura, Roma, 2012

V. COLCELLI, *L'espérance légitime e la sua tutela ai sensi dell'art. 1 Prot. 1 C.E.D.U.*, in <https://diritti-cedu.unipg.it/> (ultima consultazione 11 aprile 2019)

M. COMPORTI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Rivista di diritto civile*, 2008

L. CONDORELLI, *La proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1970

B. CONFORTI, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia di Strasburgo in tema di proprietà*, in M. COMPORTI (a cura di), *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano 2005

R. CONTI, *Il diritto di proprietà è un diritto umano? Ricadute in tema di danno morale (rectius non patrimoniale)*, in *Danno e responsabilità*, 3, 2006

COUNCIL OF EUROPE, *Digest of the case law of the european committee of social rights*, 2018

COUNCIL OF EUROPE, *Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights - Protection of property*, 2019

COUNCIL OF EUROPE, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, 2019

COUNCIL OF EUROPE, *Interim Measures Factsheet*, Press Unit, 2019

COUNCIL OF EUROPE, *Rules of Court*, Registry of the Court, 2019

F. CURI, «Occupare» o punire: tra vecchio e nuovo in tema di invasione di terreni ed edifici, in *Foro italiano*, II, 1997

T. DALLA MASSARA, *Diritti dominicali e situazioni possessorie nel vecchio e nuovo diritto europeo*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 4, 2011

A. D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Giuffrè, Milano, 2003

C. DANISI, *Successione nel contratto di affitto: quale protezione per la famiglia tradizionale dopo il caso Kozak C. Polonia alla Corte di Strasburgo?*, in *Famiglia e diritto*, 10, 2010

T. DAVIS, *Keeping the Welcome Mat Rolled-Up. Social Justice Theorists' Failure to Embrace Adverse Possession as a Redistributive Tool*, in *Journal of Transnational Law & Policy*, 2010

G. V. DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, Jovene, Napoli, 1978

F. DE MARTINO, *Del possesso. Art. 1140-1172*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice civile*, Zanichelli, Bologna 1984

M. DE SALVIA, *Alcune riflessioni in tema di interpretazione del diritto al rispetto dei beni nella giurisprudenza della commissione e della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1989

M. DE TILLA, *Presupposti per il possesso utile ai fini usucapione. Ripartizione dell'onere della prova*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2, 2005

A. DE VITA, *Diritto alla casa in diritto comparato*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, UTET, Torino, 1990

G. DEJANA, *Il diritto al risarcimento dei danni in caso di lesione del possesso*, in *Giurisprudenza completa della Corte suprema di Cassazione – Sezioni civili*, XXII, 1946

G. DEJANA, *La tutela del locatario per le molestie di fatto*, in *Annali triestini*, 3-4, 1945

G. DEJANA, *Derelictio I (Dir. Civ.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1958

E. DELL'AQUILA, *Estoppel by representation e l'eccezione di comportamento contraddittorio*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 5-6, 1976

F. DERIU, *Il «Piano Casa» del Governo Renzi: luci e ombre delle misure sull'emergenza abitativa*, in *Politiche Sociali*, 2, 2014

A. DI BIASE, *Occupazione abusiva di immobili e tutela giurisdizionale del proprietario: tra azioni reali ed azioni personali*, in *Giustizia civile*, 6, 2012

E. W. DI MAURO, *Pendenza della condizione. Aspettativa di diritto. Atti di disposizione.*, in *Jus Civile*, 10, 2015

A. DI MAJO, *La «via di fuga» nel torto aquilano*, in *Europa e diritto privato*, 4, 2013

A. DI MAJO, *La culpa in contrabendo tra contratto e torto*, in *Giurisprudenza italiana*, 12, 2016

A. DINISI, *Disciplina dei beni e principio di tolleranza nel diritto europeo*, Pisa, Università di Pisa

A. Dinisi, *Immissioni intollerabili e danno non patrimoniale da lesione del diritto al godimento dell'abitazione*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 3, 2017

M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili*, in *Politica del diritto*, 1 2017

M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto, Aggiornamento I*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, 2019

G. P. DOLSO, F. SPITALERI, *Art. 14 - Divieto di discriminazione*, in S. BARTOLE, V. ZAGREBELSKY, P. DE SENA (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, 2012

B. DUSI, *Istituzioni di diritto civile*, Giappichelli, Torino, 1929

R. EPSTEIN, *Possession*, in P. Newman (a cura di), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Stockton, New York, NY 1998

F. ESPOSITO, *Famiglia di fatto e tutela possessoria del convivente*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 7-8, 2014

A. FALZEA, *Manifestazione (teoria generale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1975

- A. FALZEA, *Voci di teoria generale del diritto: prolegomeni a una dottrina del diritto, accertamento, apparenza*, Giuffrè, Milano 1985
- A. FALZEA, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, in AA. VV. (a cura di), *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988
- A. FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 1996
- E. FAZIO, *Convivenza more uxorio, abitazione comune e detenzione del partner non proprietario*, in *Giurisprudenza italiana*, 5, 2018
- FEANTSA, *Homelessness in Italy. Country Fiche 2017*, 2018
- A. FEDELE, *Possesso ed esercizio del diritto*, G. Giappichelli, Torino 1950
- A. FEDELE, *Nozioni generali sulla fattispecie del possesso*, Giappichelli, Torino 1974
- FEDERCASA, NOMISMA, *Dimensioni e caratteristiche del disagio abitativo in Italia*, Bologna, 2016
- G. FERRANDO, *Crisi della famiglia di fatto, tutela dei figli naturali, assegnazione della casa familiare*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 5, 1998
- A. FERRERO, *Occupazione abusiva dell'immobile e «disinteresse del proprietario»*, in *Giurisprudenza italiana*, 2, 2013
- I. FERRETTI, *Convivenza more uxorio e tutela possessoria; un ulteriore tassello del diritto vivente sulla famiglia di fatto*, in *Giurisprudenza italiana*, 12, 2013
- S. FILIPPI, *Lesione del diritto di proprietà e danno non patrimoniale: per le S.U. questo matrimonio non s'ha da fare*, in *Responsabilità civile*, 1, 2009
- P. FIMIANI, *I rapporti tra diritto all'inviolabilità del domicilio e ordine di demolizione di un immobile abusivo da parte del giudice penale*, in *Ilpenalista.it*, 5, 2019
- M. FORNACIARI, *Il possesso e la sua tutela: lineamenti generali*, Giappichelli, Torino, 2012

M. FORNACIARI, *Il risarcimento del danno da lesione del possesso*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1, 2012

G. FOTI, *Riflessioni sul «dovere» giuridico di tollerare nei rapporti interprivati: quo usque tandem?*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2012

L. FOX O'MAHONY, *Conceptualising home: theories, laws and policies*, Hart Publishing, Oxford, 2007

L. FOX O'MAHONY, N. COBB, *Taxonomies of Squatting: Unlawful Occupation in a New Legal Order*, in *The Modern Law Review*, 6, 2008

L. FOX O'MAHONY, J. A. SWEENEY, *The idea of home in law: displacement and dispossession*, in L. FOX O'MAHONY, J. A. SWEENEY (a cura di), *The idea of home in law: displacement and dispossession*, Ashgate Publishing, Farnham, 2011

S. FREDMAN, *Human Rights Transformed: Positive Duties and Positive Rights*, in *Oxford Legal Research Paper Series*, 38, 2006.

C. A. FUNAIOLI, *L'«animus» nel possesso e il dogma della volontà*, Giuffrè, Milano, 1951

C. GABBANELLI, *Il convivente more uxorio non è paragonabile a un mero ospite e in caso di estromissione violenta dall'abitazione è legittimato a esercitare le azioni a tutela del possesso*, in *Famiglia e diritto*, 7, 2013

F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Vol. I, CEDAM, Padova, 2010

P. GALLO, *Gestione d'affari altrui*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, UTET, Torino, 1992

P. GALLO, *Prescrizione e decadenza*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, UTET, Torino 2013

A. GAMBARO, *La legittimazione passiva alle azioni possessorie*, Giuffrè, Milano, 1979

A. GAMBARO, *La proprietà: beni, proprietà, comunione*, Giuffrè, Milano 1990

- A. GAMBARO, *Emulazione*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, UTET, Torino 1991.
- A. GAMBARO, *Ontologia dei beni e jus excludendi*, in *Comparazione e diritto civile*, 2, 2010
- A. GAMBARO, *I beni*, Giuffrè, Milano, 2012
- A. GAMBARO, *Categorie del diritto privato e linguaggio delle carte dei diritti fondamentali*, in *Rivista di diritto civile*, 5, 2016
- A. GAMBARO, *Consonanze e dissonanze nelle fonti dell'istituzione proprietaria*, in *Jus Civile*, 7, 2016
- A. GAMBARO, *La proprietà: beni, proprietà, possesso*, Giuffrè, Milano 2017
- A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Rivista di diritto civile*, 3, 2012
- M. GENTILI, J. HOEKSTRA, *Houses without people and people without houses: a cultural and institutional exploration of an Italian paradox*, in *Housing Studies*, 3, 2019
- J. GERARDS, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge University Press 2019
- F. GIGLIOTTI, *Relazioni sociali, vincolo giuridico e motivo di cortesia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2003
- G. GHETTI, *Autotutela della pubblica amministrazione*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, UTET, Torino, 1987
- A. GIMÉNEZ COSTA, C. VILLÓ TRAVÉ, *La regulació catalana de una nueva situación convivencial: las relaciones convivenciales de ayuda mutua*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 3, 2015
- A. GIORGIS, *Il diritto costituzionale all'abitazione. I presupposti per una immediata applicazione giurisprudenziale*, in *Questione giustizia*, 2007
- A. GIUSTI, *Le azioni possessorie e di nunciazione*, Giuffrè, Milano, 1990

A. GIUSTI, A. SCARPA, *Le azioni possessorie e di nunciazione. Artt. 1168-1172*, Il Codice civile. Commentario, diretto da P. SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 2015

A. GORASSINI, *Convivenze di fatto e c.d. famiglia di fatto. Per una nuova definizione dello spazio tipologico di settore*, in *Rivista di diritto civile*, 4, 2017

S. GRANATA, *Sfratti: monito della Corte europea all'Italia*, in *Corriere giuridico*, 1999, pp. 1347 ss.

U. GRASSI, *La tutela esterna del possesso: contributo allo studio delle fattispecie a qualificazione plurima*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006

B. GRASSO, *Prescrizione*, in *Enciclopedia del Diritto*, 35, Giuffrè, Milano, 1986

T. GRECO, M. GRECO, *La storia immutata delle valli da pesca dalla Serenissima ad oggi*, in *Corriere giuridico*, 6, 2011

F. GRECO, *Sulla legittimazione ad agire in spoglio del convivente more uxorio*, in *Giustizia civile*, 2, 1954

T. GRECO, M. GRECO, *Valli da pesca, demanialità marittima ed esperance legittime del privato nella giurisprudenza CEDU*, in *Danno e responsabilità*, 2, 2015

S. GREER, *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention of Human Rights*, Conseil de l'Europe, Strasbourg 2000

T. C. GREY, *The disintegration of property*, in *Nomos*, 1980

G. GUIGLIA, *Il diritto all'abitazione nella Carta sociale europea: a proposito di una recente condanna dell'Italia da parte del Comitato europeo dei diritti sociali*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione dei Costituzionalisti Italiani*, 3, 2011

O. W. HOLMES JR., *The Common Law*, American Bar Association, 2009

A. M. HONORÉ, *Ownership*, in A. G. GUEST (a cura di), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 1961

- B. INZITARI, *Miglioramenti (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1976
- ISTAT, *Matrimoni, separazioni e divorzi. Report Anno 2014*, 2015
- ISTAT, *Persone senza dimora. Report Anno 2014*, 2015
- R. VON JHERING, *Ueber den Grund des Besitzschutzes: eine Revision der Lehre vom Besitz*, Mauke, 1869
- P. KENNA, *Housing rights: positive duties and enforceable rights at the European Court of Human Rights*, in *European Human Rights Law Review*, 2, 2008
- P. KENNA, *Introduction*, in P. KENNA, S. NASARRE-AZNAR, P. SPARKES, C. U. SCHMID (a cura di), *Loss of homes and evictions across europe: a comparative legal and policy examination*, Edward Elgar Pub, Northampton, 2018
- E. LA LOGGIA ALBANESE, *Manutenzione*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1975
- U. LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative: contributo allo studio delle situazioni soggettive attive*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 1995
- F. LAI, *Osservazioni sulla situazione possessoria del convivente more uxorio*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 4 2014
- L. LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Famiglia e diritto*, 10, 2016
- L. LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, in *Jus Civile*, 2, 2016
- G. LETSAS, *Two Concepts of the Margin of Appreciation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 4, 2006
- G. LIOTTA, *Situazioni di fatto e tutela della detenzione*, Jovene, Napoli 1983
- G. LIOTTA, *Detenzione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1988
- G. LONGO, *Il danno derivante dalla mancata disponibilità dell'immobile nella più recente giurisprudenza di legittimità*, in *Danno e responsabilità*, 3, 2019



M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Il Corriere Giuridico*, 2008

P. F. LUISO, *La convivenza di fatto dopo la l.76/2016*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 4, 2016

A. LUMINOSO, *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento*, Giuffrè, Milano, 1972

E. MARANGONI, *Il godimento di un bene legittimato dalla tolleranza del proprietario*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 3, 2002

G. MARCHETTI, *La tutela del diritto all'abitazione tra Europa, Stato e Regioni e nella prospettiva del Pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Federalismi.it*, 4, 2018

M. R. MARELLA, *Il diritto di famiglia fra status e contratto: il caso delle convenienze non fondate sul matrimonio*, in F. GRILLINI, M. R. MARELLA (a cura di), *Stare insieme: i regimi giuridici della convivenza tra status e contratto*, Jovene, Napoli 2001

M. R. MARELLA, *Il principio costituzionale della funzione sociale della proprietà e le spinte antiproprietarie dell'oggi*, in G. ALPA, V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Laterza, Roma-Bari, 2013

M. R. MARELLA, *La funzione sociale oltre la proprietà*, in *Rivista critica del diritto privato*, 4, 2013

M. R. MARELLA, *Diritto di proprietà e CEDU fra realismo e ideologia*, in U. MATTEI, A. CANDIAN, B. POZZO, A. MONTI, C. MARCHETTI (a cura di), *Studi in onore di Antonio Gambaro: un giurista di successo*, Giuffrè, Milano 2017, p. 735-56

G. MARENA, *Sui diritti del proprietario espropriato: profili di novità delle sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in *Danno e responsabilità*, 10, 2008

T. MARTINES, *Il "diritto alla casa"*, in N. LIPARI (A CURA DI), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona umana*, Laterza, Roma-Bari, 1974

G. MARTINICO, *Art. 7 - Rispetto della vita privata e della vita familiare*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano 2017

A. MASI, *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato di Diritto Privato*, Vol. 8, Proprietà, II, UTET, Torino, 1982

A. MASI, *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato di Diritto Privato*, 2° ed., UTET, Torino 2003

A. MASI, *Possesso e detenzione*, in N. LIPARI, P. RESCIGNO (a cura di), *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2009

U. MATTEI, *La proprietà*, UTET giuridica, Torino 2015

U. MATTEI, R. A. ALBANESE, R. J. FISHER, *Commons as possessions: The path to protection of the commons in the ECHR system*, in *European Law Journal*, 2019

A. MELA, *Il concetto di possesso: un'indagine di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993

E. MENGA, *Immissioni acustiche e danno non patrimoniale: quale tutela per il diritto al riposo notturno e alla serenità domestica*, in *Danno e responsabilità*, 10, 2015

L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Giuffrè, Milano, 1975

A. MEREU, *La configurabilità dello stato di necessità nelle ipotesi problematiche di necessità economica e abitativa*, in *Cassazione penale*, 3, 2008

T. W. MERRILL, *Property Rules Liability Rules and Adverse Possession*, in *Northwestern University Law Review*, 1984

F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale: codici e norme complementari*, Giuffrè, Milano, 1965

P. G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1, 2009

- A. MONTEL, *Il possesso*, UTET, Torino, 1962
- A. MONTEL, *In tema di posizione possessoria del convivente col possessore e col detentore*, in *Giurisprudenza agraria*, 2, 1966,
- H. S. MORENO, *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la vivencia en relación al derecho español*, in *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, 16, 2014
- V. MORITTU, *Sul possesso senza titolo delle servitù discontinue in relazione all'azione di turbativa*, Tip. Ledda, Cagliari, 1925
- A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Giuffrè, Milano, 2006
- E. MUSCO, G. FIANDACA, *I delitti contro il patrimonio*, Zanichelli, Bologna, 2007
- A. MUSIO, *Il principio di tolleranza nel diritto civile*, in *Contratto e impresa*, 2017
- G. NARDELLI, *Nota sul concetto di clandestinità*, in *Giurisprudenza italiana*, 11, 2003
- S. NASARRE-AZNAR, "Robinhoodian" courts' decisions on mortgage law in Spain, in *International Journal of Law in the Built Environment*, 2, 2015
- B. NASCIMBENE, *Il principio di attribuzione e l'applicabilità della carta dei diritti fondamentali: l'orientamento della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1, 2015
- U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1, 1958
- U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, Giuffrè, Milano, 1976
- U. NATOLI, *Il possesso*, Giuffrè, Milano, 1992
- A. NATUCCI, *Titolo e «animus» nella disciplina del possesso*, *Quadrimestre*, 1989

E. NAVARRETTA, *Dall'esperienza del danno biologico da morte all'impianto dogmatico sul danno alla persona: il giudizio della Corte costituzionale*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1994, pp. 996-1008

E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*, in *Il Foro italiano*, 9, 2003

E. NAVARRETTA, *Il danno non iure e l'abuso del diritto*, in A. ZOPPINI (A CURA DI), *Diritto civile, Attuazione e tutela dei diritti. La responsabilità e il danno*, vol. IV, Tomo III, Giuffrè, Milano, 2009

E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1, 2009

E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità extra contrattuale*, in E. Navarretta (a cura di), *Il danno non patrimoniale: principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Giuffrè, Milano 2010

E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e responsabilità civile*, in *Enciclopedia del Diritto. Annali*, Giuffrè, Milano, 2014

E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità*, Giappichelli, Torino, 2017

L. NIVARRA, *La proprietà europea tra controriforma e "rivoluzione passiva"*, in *Europa e diritto privato*, 2011

NOMISMA, *La condizione abitativa in Italia*, 2010

G. OBERTO, *La famiglia di fatto. Introduzione alla «riforma Cirinnà»*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2, 2019

R. OMODEI SALÈ, *La detenzione e le detenzioni: unità e pluralismo nelle situazioni di fatto contrapposte al possesso*, CEDAM, Padova, 2012

R. OMODEI SALÈ, *Detenzione (diritto privato)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 2015

M. OREN, R. ALTERMAN, Y. ZILBERSHATS, *Housing rights in constitutional legislation: a conceptual classification*, in P. KENNA (a cura di), *Contemporary Housing Issues in a Globalized World*, Routledge, Abingdon, 2016

G. ORLANDINI, W. CHIAROMONTE, *Art. 34 - Sicurezza sociale e assistenza sociale*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano 2017

M. L. PADELLETTI, *Il caso Beyeler di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2000

M. L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 2003

M. L. PADELLETTI, *Art. 1 Prot. 1 - Protezione della proprietà*, in V. ZAGREBELSKY, S. BARTOLE, P. DE SENA (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, 2012

M. PALADINI, *Limiti all'opponibilità del diritto dell'assegnatario di casa familiare*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2, 2016

A. PALAZZO, *Le convivenze: diversità di modelli e ruolo dell'integrazione dei sessi*, in F. BRUNETTA D'USSEAUX, A. D'ANGELO (a cura di), *Matrimonio, matrimonii*, Giuffrè, Milano, 2000

G. PANZA, *Contributo allo studio della prescrizione*, Jovene, Napoli, 1984

G. PANZA, *Prescrizione*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, UTET, Torino, 1996

D. PAPADOPOULOU, *Environmental Calamities and the Right to Life: State Omissions and Negligence under Scrutiny.*, in *Environmental Law Review*, 1, 2006

F. PARENTE, *Atto tollerato e fatto impeditivo del possesso*, in *Giurisprudenza italiana*, 3, 2002

S. PARDINI, *Il diritto del convivente superstite a continuare ad abitare nella casa familiare dopo il decesso del partner proprietario: un dibattito*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 6, 2017

R. PARTISANI, *Il danno morale del conduttore estromesso dall'immobile pignorato*, in *La responsabilità civile*, 2, 2010

- L. PASCUCCI, *Assegnazione della casa familiare e terzi acquirenti dell'immobile: una singolare anticipazione di tutela a favore dell'aspirante assegnatario*, in *Famiglia e diritto*, 5, 2016
- S. PATTI, *Atti di passaggio sul fondo altrui e tolleranza del proprietario*, in *Giurisprudenza italiana*, 2, 1978
- S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Jovene, Napoli, 1978
- S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, UTET, Torino, 1987
- S. PATTI, *Tolleranza (atti di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1992
- S. PATTI, *Verwirkung*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, UTET, Torino 1995
- S. PATTI, *Una nuova lettura degli articoli 1140 e seguenti c.c.*, in *Rivista di diritto civile*, 2, 2003
- S. PATTI, *La tolleranza del titolare del diritto impedisce l'acquisto del possesso del terzo*, in *Immobili & Diritto*, 2, 2005
- S. PATTI, *Perdita del diritto a seguito di usucapione e indennità (alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo)*, in *Rivista di diritto civile*, 6, 2009
- S. PATTI, *In tema di prova della detenzione ai fini della tutela possessoria*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010
- S. PATTI, *Possesso e prescrizione. Le nuove problematiche*, CEDAM, Padova, 2011
- S. PATTI, *Possesso. Artt. 1140 - 1157*, in A. JANNARELLI, F. MACARIO (a cura di), *Commentario del Codice civile. Della proprietà. Artt. 1100-1172*, UTET, Giuridica, Torino, 2013
- E. PELLECCIA, *Valori costituzionali e nuova tassonomia dei beni: dal bene pubblico al bene comune*, in *Foto Italiano*, 2012

A. C. PELOSI, *Aspettativa di Diritto*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, Torino, 1987

L. E. PERRIELLO, *La tutela dell'abitazione nel diritto europeo dei consumatori*, in *Il Foro Napoletano*, n.1, 2018

A. PETRUCCI, *Manuale di diritto privato*, G. Giappichelli, Torino, 2019

G. G. PETTARIN, G. CACCIAGUERRA, *Problemi in tema di diritto del fallito all'abitazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 6, 2001

G. PIAZZA, *Il movimento delle occupazioni di squat e centri sociali in Europa. Una introduzione*, in *Partecipazione e conflitto*, 1, 2012

C. PITEA, L. TOMASI, *Art. 8 – Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, in *Commentario breve alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, 2012

A. PITTINI, G. KOESSL, J. DIJOL, E. LAKATOS, L. GHEKIERE, *The State of Housing in the EU*, in *Housing Europe Review*, 2017

T. POGGIO, D. BOREIKO, *Social Housing in Italy: Old Problems, Older Vices and Some New Virtues?*, in *Critical Housing Analysis*, 4, 1 2017

T. POGGIO, D. BOREIKO, *L'affitto sociale in Italia: criticità e prospettive*, in *Polis*, 1, 2018

G. PONZANELLI, *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione.*, in *Danno e responsabilità*, 8, 2003

E. PONZO, *L'articolo 5 del «Piano Casa» del governo Renzi. Un dubbio bilanciamento tra esigenze di legalità e diritto alla casa*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2014

R. A. POSNER, *Savigny, Holmes, and the Law and Economics of Possession*, in *Virginia Law Review*, 2000

S. PRADUROUX, *La proprietà privata nel sistema della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista giuridica dell'ISAIDAT*, 1, 2010

E. PROTETTI, *Gli atti di tolleranza*, in *Giurisprudenza agraria italiana*, 1964

- H. PRUIJT, *Le occupazioni in Europa*, in *Partecipazione e conflitto*, 1, 2012
- H. PRUIJT, *The Logic of Urban Squatting*, in *International Journal of Urban and Regional Research*, 1, 2013
- A. QUARTA, *Il fenomeno delle occupazioni abusive tra tutela penale e tutela civile della proprietà*, in *Politica del diritto*, 1, 2013
- A. QUARTA, *Cose derelitte*, in *Rivista di diritto civile*, 4, 2014
- A. QUARTA, *Non proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2016
- L. RACHELI, *La legittima difesa privata del possesso e il divieto di farsi giustizia da sé*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 10, 2007
- M. J. RADIN, *Property and Personhood*, in *Stanford Law Review*, 5, 1982
- M. J. RADIN, *Reinterpreting property*, University of Chicago Press, Chicago, 1993
- F. RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung: tutela dell'affidamento e decadenza da un diritto*, CEDAM, Padova 1971
- K. REEVE, *Squatting: a homelessness issue*, Crisis, London, 2011
- A. REMICHE, *Yordanova and Others v Bulgaria: The Influence of the Social Right to Adequate Housing on the Interpretation of the Civil Right to Respect for One's Home*, in *Human Rights Law Review*, 4, 2012
- M. RENOLD, *A Landmark Decision in Art Law by the European Court of Human Rights: Beyeler v. Italy Case Notes*, in *Art Antiquity and Law*, 1, 2000
- P. RESCIGNO, *Disciplina dei beni e situazioni della persona*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, Milano, 5-6, 1976-77
- P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Jovene, Napoli, 1982
- P. RESCIGNO, G. P. CIRILLO, *Manuale di diritto privato*, IPSOA, Milano, 2000



C. RESTIVO, *I frutti nel conflitto tra proprietario e possessore*, in *Giureta. Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, 10, 2012

A. RICCI, *Sul «principio di ragione naturale»: a proposito dell'autotutela possessoria*, in *Contratto e impresa*, 6 2009, pp. 1195–1210

A. RICCIO, *Azione di spoglio a favore del familiare convivente contro terzo*, in *Famiglia e diritto*, 7 2014, pp. 666–671

B. RICHARDSON, *Abandonment and adverse possession*, in *Houston Law Review*, 2014

S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 1960

S. RODOTÀ, *Postfazione. Beni comuni: una strategia globale contro lo human divide*, in M. R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, 2012

S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2013

S. RODOTÀ, *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Il Mulino, Bologna, 2013

R. ROLLI, *La proprietà come diritto dell'uomo?*, in *Contratto e impresa*, 4-5, 2011

R. ROLLI, *Diritto di abitazione e risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Danno e responsabilità*, 5, 2014

S. ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1958

R. ROMBOLI, *Il diritto «consentito» al matrimonio ed il diritto «garantito» alle coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice «troppo» e «troppo poco»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2010

N. RONDINONE, *L'attività nel Codice civile*, Giuffrè, Milano, 2001

E. ROPPO, *Istituzioni di diritto privato*, Monduzzi, Bologna, 2001

- C. M. ROSE, *The law is nine-tenths of possession: an adage turned on its head*, in Y. CHANG (a cura di), *Law and Economics of Possession*, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom 2015
- U. RUFFOLO, *Tutela possessoria delle servitù non apparenti ed «atti di tolleranza» nel quadro delle teorie (e ideologie) del possesso*, in *Rivista di diritto civile*, 1974
- C. RUSSO, *Article 8*, in L.E. PETTITI, E. DECAUX, P.H. IMBERT (a cura di), *La Convention européenne des droits de l'homme: commentaire article par article*, Economica, Paris 1995
- J. W. RUTGERS, *The right to housing (Article 7 of the Charter) and unfair terms in general conditions*, in H. COLLINS (a cura di), *European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights*, Intersentia, Cambridge 2017
- R. SACCO, *Affidamento*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1958
- R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, UTET, Torino, 1987
- R. SACCO, *Il possesso*, Giuffrè, Milano, 1988
- R. SACCO, *Usucapione*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, UTET, Torino, 1999
- R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, UTET, Torino, 2005
- R. SACCO, *Circolazione del possesso*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, Aggiornamento, V, 2010
- R. SACCO, *Detenzione autonoma e qualificata*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, Aggiornamento, V, 2010
- R. SACCO, *Tolleranza (in tema di possesso)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, UTET, Torino, 2012
- M. SAFJAN, *Fields of application of the Charter of Fundamental Rights and constitutional dialogues in the European Union*, in F. CAFAGGI, S. LAW (a cura di), *Judicial Cooperation in European Private Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK-Northampton, MA, USA, 2014

R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 74, 1991, pp. 571-614

F. K. VON SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, 1865

S. SCAGLIARINI, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*, in *Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul diritto e a giustizia costituzionale*, 2012

A. SCALISI, *Il «diritto» all'abitazione del convivente more uxorio nella successione del contratto locativo*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 4, 1988

V. SCALISI, *Immissioni di rumore e tutela della salute*, in *Rivista di diritto civile*, 1982

L. A. SCARANO, *Comodato di casa familiare e provvedimento di assegnazione in sede di separazione personale dei coniugi o di divorzio*, in *Familia*, 4-5, 2004

P. SCHLESINGER, *Diritti e doveri nella coppia*, in F. BRUNETTA D'USSEAUX, A. D'ANGELO (a cura di), *Matrimonio, matrimonii*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 138-40

R. SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa di diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, 3, Giuffrè, Milano, 1958

C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità precontrattuale e «contatto sociale qualificato»*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2016

S. SCOLA, *Il danno non patrimoniale tra lesione della proprietà e diritto all'abitazione*, in *Responsabilità civile*, 4, 2012

G. SICCHIERO, *Tolleranza*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, UTET, Torino 1999

J. W. SINGER, *The Reliance Interest in Property*, in *Stanford Law Review*, 3, 1988

A. SORACE, *A proposito di proprietà dell'abitazione, diritto d'abitazione e proprietà (civilistica) della casa*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3, 1977

- J. G. SPRANKLING, *Environmental Critique of Adverse Possession*, in *Cornell Law Review*, 1993
- L. J. STRAHILEVITZ, *The right to abandon*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2010
- F. SUDRE, *Le recours aux 'notions autonomes'*, in F. SUDRE (a cura di), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis Bruylant, Bruxelles, 1998
- P. SPADA, (voce) *Impresa*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Commerciale*, UTET, Torino, 1992
- C. TENELLA SILLANI, *Il risarcimento del danno da lesione del possesso*, Giuffrè, Milano, 1989
- C. TENELLA SILLANI, *Possesso e detenzione*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, UTET, Torino, 1996
- L. TORMEN, *Accessione e alterità soggettiva tra proprietario e costruttore: il chiarimento delle Sezioni Unite*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 6, 2018
- M. TRIMARCHI, *Proprietà e diritto europeo*, in *Europa e Diritto Privato*, 3, 2002
- M. TRIMARCHI, *La proprietà europea*, in *Jus Civile*, 4, 2018
- P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2005
- B. TROISI, *La prescrizione come procedimento*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1980
- B. TROISI, C. CICERO, *I possessi*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005
- F. TULKENS, *The contribution of the European Convention on Human Rights to the poverty issue in times of crisis*, European Court of Human Rights, Strasbourg, Human Rights Building, 2015

E. VENAFRO, *Stato di necessità e diritto all'abitazione*, in *Diritto penale e processo*, 2004

R. VENDITTI, *Invasione di terreni o edifici*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1972

A. VERCELLONE, *Più di due: verso uno statuto giuridico della famiglia poliamore*, in *Rivista Critica Del Diritto Privato*, 4, 2017

A. VERCELLONE, *Oltre le obbligazioni naturali. Le unioni di fatto come rapporto contrattuale*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2018

F. VESPASIANI TOSCHI, *L'occupante abusivo di un immobile può invocare lo stato di necessità ex art. 2045 c.c. per sottrarsi all'obbligo di rilascio?*, in *La responsabilità civile*, 11, 2007

F. VIGLIONE, *Proprietà e usucapione: antichi problemi e nuovi paradigmi*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 9, 2013

S. WILKEN, K. GHALY, *The law of waiver, variation, and estoppel*, Oxford University Press, New York, 2012

J. ZILLER, *Art. 51 - Ambito di applicazione*, in R. MASTROIANNI, O. POLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017

P. ZIVIZ, *La scivolosa soglia dei diritti inviolabili*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 6, 2011