

Le medesime ordinanze hanno avuto il pregio di sottolineare la rilevanza, sul piano del sistema del diritto civile e della responsabilità civile, del problema relativo alla prova del danno nell'ipotesi di occupazione *sine titulo*; nello specifico, in tale materia, si dibatteva se il pregiudizio, inteso quale *deminutio* (2)

### Occupazione *sine titulo* e danno *in re ipsa*: tra *punitive damages* e polifunzionalità della responsabilità civile

Sommario: 1. *Premessa*. – 1.1. *Il caso di specie (brevi cenni)*. – 2. *L'annoso dibattito dottrinale e giurisprudenziale: tra teoria e pratica*. – 3. *Conclusioni*.

#### 1. *Premessa*

L'arresto delle Sezioni unite in commento ha ad oggetto il tema – assai dibattuto in dottrina e in giurisprudenza – dell'ammissibilità del c.d. danno *in re ipsa*, in caso di occupazione *sine titulo*.

Giova premettere che la sentenza *de qua* si pone a valle rispetto alle due ordinanze di rimessione: la prima, in data 17 gennaio 2022, da parte della Sezione III (1); la seconda ordinanza, invece, è del giorno 8 febbraio 2022, da parte della Sezione II.

(1) L'ordinanza interlocutoria Cass., Sez. III, n. 1162/2022, contiene considerazioni circa la plausibilità di una concezione più generale del danno *in re ipsa*, predicata non soltanto con riferimento all'occupazione *sine titulo* degli immobili, ma anche, nel campo del danno non patrimoniale (Cass., Sez. III, n. 25541/2022, per esempio, in tema di danno da perdita del rapporto parentale, distingue il “danno presuntivo” dal “danno *in re ipsa*”, osservando come nel primo l'allegazione sia suscettibile di essere superata dalla prova contraria della controparte). Nell'ordinanza interlocutoria (n. 3946/2022) della Seconda Sezione civile, invece, si procede a una “disarticolazione” del precetto dell'art. 1223 c.c., contrapponendo il profilo della perdita a quello del mancato guadagno. Al primo profilo attiene l'impedimento al godimento diretto del bene da parte del proprietario, ai fini della cui risarcibilità sarebbe irrilevante il riferimento alla naturale vocazione fruttifera del bene. Nella prospettiva della perdita, il pregiudizio derivante dal fatto dannoso

costituito dall'occupazione consisterebbe, dunque, non già nell'impedimento a trarre dal bene occupato i frutti civili o naturali che esso può generare, ma già quello alla possibilità di ricavare dal bene occupato l'utilità diretta (il godimento, secondo il linguaggio dell'art. 832 c.c.) che il medesimo offre. Questo impedimento, al fine di innescare l'obbligazione risarcitoria, non dovrebbe richiedere alcuna prova ulteriore e diversa rispetto a quella del fatto generatore del danno, potendo il godimento diretto esaurirsi anche in una fruizione meramente saltuaria o occasionale del bene, o anche nell'*utilitas* derivante dalla mera potenzialità della fruizione. Anche una fruizione in potenza, che non si traduca in una fruizione in atto, sarebbe idonea a costituire una posta attiva del patrimonio del proprietario. Sarebbero invece da ricondurre all'ulteriore articolazione dell'art. 1223 c.c. (quella del mancato guadagno) le ipotesi in cui il proprietario faccia discendere dalla privazione della disponibilità del bene un concreto danno da mancato guadagno, poiché in questo secondo caso il proprietario attore dovrebbe, oltre ad allegarle, offrire la prova specifica delle occasioni di guadagno perse. I profili di sviluppo dell'argomento trascendono il problema della prova del danno da occupazione illegittima di immobili e conducono a intercettare il problema della stessa configurazione di una categoria di danno utilizzabile con riferimento a tutte le fattispecie concrete.

(2) Cfr. anche Cass., S.U., 7 ottobre 2021, n. 27287. In tema di responsabilità del conduttore per ritardata restituzione dell'immobile locato, il maggior danno risarcibile *ex art.* 1591 c.c. (in aggiunta alla liquidazione automatica in misura corrispondente al canone pagato prevista da detta norma) dev'essere provato dal locatore – anche per presunzioni – nella sua certa e concreta esistenza e non si identifica nel danno da perdita di chance, la cui configurabilità nel caso è esclusa per la intrinseca incertezza sulla possibilità di conseguire il vantaggio economico che connota questa figura. In base all'art. 32 l. 27 luglio 1978, n. 392, così come novellato dall'art. 1, c. 9-*sexies*, d.l. 7 febbraio 1985, n. 12, convertito con modificazioni dalla l. 5 aprile 1985, n. 118, il locatore, su conforme pattuizione con il conduttore, è abilitato a richiedere annualmente l'aggiornamento del canone per eventuali variazioni del potere di acquisto della moneta; pertanto, è contraria al disposto normativo la clausola che preveda una richiesta preventiva dell'aggiornamento con effetto attributivo di tutte le variazioni Istat che intervengano nel corso del rapporto ovvero una richiesta successiva riferita ad anni diversi da quello immediatamente precedente, e ciò perché la richiesta si pone come condizione per il sorgere del relativo diritto.

Con argomento *a contrario*, la S.C. evidenzia che aprire le porte al risarcimento della (lesione alla) possibilità di ricollocare l'immobile sul mercato, intesa quale bene autonomo (richeggia qui la concezione c.d. ontologica della *chance* perduta), equivarrebbe in sostanza a riconoscere un danno *in re ipsa*, ritenuto non configurabile nella recente giurisprudenza della stessa Corte in materia di occupazione abusiva di immobili: la dimostrazione che (semplicemente) sarebbe stato possibile conseguire l'utile mancato (*l'an debeatur*) non può perciò dare spazio ad una valutazione equitativa *ex art.* 1226 c.c. del *quantum debeatur*, da liquidarsi, secondo la logica propria di questa figura, alla stregua del grado di probabilità del verificarsi dell'evento sperato. Sintetizzando l'approdo cui perviene la pronuncia, dunque, delle due l'una: o il locatore riesce a dimo-

della sfera patrimoniale, intesa *ex multis* come danno emergente e lucro cessante, dovesse o meno considerarsi *in re ipsa*, prescindendosi da uno specifico onere probatorio (art. 2697 c.c.).

Come è noto, infatti, l'onere della prova è una regola che trova il proprio fondamento nel principio giuridico tradizionale secondo cui *onus probandi incumbit ei qui dicit*, che si sostanzia essenzialmente nel porre a carico della parte che allega un fatto a sé favorevole, il dovere di darne prova dell'esistenza. In un'ottica di analisi economica del diritto, colui che agisce per dimostrare la ricorrenza di un pregiudizio si accolla il rischio legato all'incertezza processuale, dovendo subire i costi legati alla dimostrazione dei fatti a fondamento del proprio diritto.

### 1.1. Il caso di specie (brevi cenni)

Il caso sottoposto all'attenzione della Suprema Corte origina dal giudizio promosso da una società immobiliare nei confronti di un condominio cui la società aveva venduto delle porzioni immobiliari, riservandosi la proprietà di alcune aree adiacenti, destinate a parcheggi.

La società lamentava che a seguito della vendita, il condominio si fosse appropriato anche delle aree destinate a parcheggi dal medesimo non acquistate, impedendone, di fatto, la vendita a terzi da parte della società.

Dunque, in primo grado, la società chiedeva l'accertamento del diritto di proprietà su tali aree con

---

strare in giudizio, anche presuntivamente, che, riacquistata tempestivamente la disponibilità materiale dell'immobile, lo avrebbe utilmente concesso in godimento ad altri e, allora, la differenza tra il corrispettivo (di cui l'art. 1591 c.c. fa menzione) dovuto dal conduttore.

V.R. Caterina, *Il possesso*, in A. Gambaro, U. Morello (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2008, 357 ss., spec. 388. Egli – rammentando il dibattito tra fautori della materialità e fautori dell'immaterialità (per i quali ultimi il possesso è concepibile anche senza la empirica durezza delle cose) – svolge un sottile e suggestivo distinguo. Altro è la disciplina; altro, il concetto giuridico di possesso. Dire possesso non necessariamente è convocarne tutta la disciplina (azioni di manutenzione e spoglio, l'usucapione e così via); ma dimostrarne lo statuto minimo. Ossia il *minimum* di effetto, al di sotto del quale esso esce dal teatro della rilevanza. Se questo è vero, si vorrebbe qui declinare lo statuto minimo possessorio quale luogo della responsabilità per danni. Appena da avvertire come anche lo spoglio possa risolversi (almeno sul piano dogmatico) in una forma risarcitoria specifica. V. sul punto A. Iuliani, *Note in tema di tutela aquiliana del possesso*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, 3, 363 ss., spec. 372-374. V., da ultimo, M. Barcellona, *Per un bilancio a cinquant'anni dal sisma aquiliano*, in *Danno resp.*, 2022, 5, 527 ss. Egli estende la tutela aquiliana non solo alla ricchezza già acquisita ma anche alla possibilità di acquisirla, ossia al poter legittimamente sfruttare possibilità di guadagno. Il problema dell'ingiustizia “nasce sempre dal conflitto tra l'istanza conservativa della ricchezza acquisita e delle possibilità di acquisirla, da un lato, e le immunità che l'ordinamento dispensa in vista di ragioni sistemiche, dall'altro, e si risolve proprio sulla base della sussistenza o dell'assenza di queste ragioni nell'agire interferente del danneggiante”.

ordine di rilascio da parte del condominio e la condanna al risarcimento del danno patrimoniale per la loro illegittima occupazione (c.d. occupazione *sine titulo*).

Il giudice di prime cure rigettava, tuttavia, in via integrale, le domande della società.

La stessa agiva nuovamente in giudizio, dolendosi della decisione del giudice di primo grado, ricorrendo in appello avverso la decisione di prime cure.

La Corte d'appello accoglieva parzialmente il gravame limitatamente all'azione di rivendica; la Corte, in particolare, rigettava la domanda risarcitoria.

La Corte di cassazione successivamente adita accoglieva invece – integralmente – le domande della società e rinviava il giudizio innanzi alla Corte d'appello, che tuttavia rigettava nuovamente le domande della società. Se era pur vero che nella giurisprudenza di legittimità il danno subito dal proprietario per effetto di occupazione illegittima di immobile era stato definito *in re ipsa*, tuttavia, il riconoscimento del danno alla società presupponeva l'allegazione, in concreto, di un pregiudizio derivante dall'impossibilità fattuale di utilizzare l'immobile; gli ermellini evidenziavano, conseguentemente, che tale pregiudizio, nella specie, non era mai stato prospettato.

La società ricorreva quindi ancora una volta in Cassazione, ove – a seguito di ordinanza interlocutoria – la decisione veniva rimessa alle Sezioni unite.

### 2. L'annoso dibattito dottrinale e giurisprudenziale: tra teoria e pratica

Oggi le Sezioni unite ammettono in linea di principio il concetto di danno *in re ipsa* (e in questo si può dire che aderiscono alla linea della Seconda Sezione) nell'ipotesi dell'occupazione *sine titulo* del terzo, anche se poi finiscono per attenuare la soluzione sul piano pratico.

Come già ribadito in altre pronunce della stessa Corte nel caso di occupazione illegittima di un immobile il danno subito dal proprietario non può ritenersi sussistente *in re ipsa*, atteso che tale concetto giunge a identificare il danno con l'evento dannoso ed a configurare un vero e proprio danno punitivo, ponendosi così in contrasto sia con l'insegnamento delle Sezioni unite della Suprema Corte (cfr. anche Cass., S.U., n. 26972/2008) secondo il quale quel che rileva ai fini risarcitori è il danno-conseguenza, che deve essere allegato e provato.

Ne consegue che il danno da occupazione “*sine titulo*”, in quanto particolarmente evidente, “può essere agevolmente dimostrato sulla base di presunzioni semplici, ma un alleggerimento dell'onere probatorio di tale natura non può includere anche l'esonero dalla allegazione dei fatti che devono essere accertati, ossia l'intenzione concreta del proprietario di mettere l'immobile a frutto” (3).

---

(3) Cfr. Cass., Sez. III, 25 maggio 2018, n. 13071.

Non è, dunque, escluso il ricorso alla prova per presunzioni (4) – giacché esse costituiscono una prova completa alla quale il giudice di merito può attribuire rilevanza, anche in via esclusiva – e ciò costituisce la ragione del sostanziale “riallineamento” della giurisprudenza della Suprema Corte in tema di danno da occupazione di immobile *sine titulo*, rendendo non necessario – osserva la Cassazione – la rimessione della relativa questione alle Sezioni unite.

Tuttavia, un alleggerimento dell’onere probatorio di tale natura non può includere anche l’esonero dall’allegazione dei fatti che devono essere accertati, ossia l’intenzione concreta del proprietario di mettere l’immobile a frutto.

Il pregio dell’arresto giurisprudenziale nomofilattico che si annota è quello di enucleare taluni principi cardine della fattispecie sostanziale e processuale del fenomeno della responsabilità civile in caso di occupazione illegittima.

Innanzitutto, si statuisce che, nel caso di occupazione senza titolo di bene immobile da parte di un terzo, fatto costitutivo del diritto del proprietario al risarcimento del danno da perdita subita è la concreta possibilità di esercizio del diritto di godimento, diretto o indiretto mediante concessione del godimento ad altri dietro corrispettivo, che è andata perduta.

Si stabilisce, nondimeno, che, nel caso di occupazione senza titolo di bene immobile da parte di un terzo, se il danno da perdita subita di cui il proprietario chiede il risarcimento non può essere provato nel suo preciso ammontare, esso è liquidato dal giudice con valutazione equitativa, se del caso mediante il parametro del canone locativo di mercato. Viene operata una valorizzazione del canone dell’equità. Essa indica sia un criterio di integrazione del contratto (a norma dell’art. 1374 c.c., il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l’equità), sia un criterio di correzione degli effetti del contratto predisposti dalle parti e che tuttavia risultino concretamente ingiusti.

Parimenti, si cristallizza un ulteriore principio per cui, nel caso di occupazione senza titolo di bene immobile da parte di un terzo, fatto costitutivo del diritto del proprietario al risarcimento del danno da mancato guadagno è lo specifico pregiudizio subito, quale quello che, in mancanza dell’occupazione, egli avrebbe concesso il bene in godimento ad altri verso un corrispettivo superiore al canone locativo di mercato o

(4) Si vedano, ad esempio, Cass., Sez. V, ord. 28 aprile 2021, n. 11162 e Sez. I, ord. 26 settembre 2018, n. 23153, alla cui stregua, “in tema di presunzioni semplici, gli elementi assunti a fonte di prova non debbono essere necessariamente più d’uno, ben potendo il giudice fondare il proprio convincimento su uno solo di essi, purché grave e preciso, dovendo il requisito della ‘concordanza’ ritenersi menzionato dalla legge solo in previsione di un eventuale, ma non necessario, concorso di più elementi presuntivi”.

che lo avrebbe venduto ad un prezzo più conveniente di quello di mercato.

La Suprema Corte ha, dunque, riconosciuto la figura del danno in sé e per sé considerato, ammettendo che l’occupazione senza titolo sia fattispecie del diritto al risarcimento del danno per la sua attitudine intrinseca a ostacolare o escludere il diritto di godimento (5). Tale arresto ermeneutico, pare *prima facie* superare la posizione ostile della Terza Sezione che, sulla base di una lettura dogmatica e sistematica della responsabilità civile, ha la *ratio* evitare il riconoscimento stesso della figura in linea di principio.

Per comprendere i confini oggettivi di tale assunto, occorre precisare che, allo stesso tempo, è assai mitigata la potenzialità espansiva di tale riconoscimento del danno *in re ipsa*. Infatti, il danno in questione non solo va inteso quale danno da perdita subita (danno emergente), ma si deve manifestare come perdita della concreta ed effettiva possibilità di esercizio del diritto di godimento del bene. La concretezza della possibilità di esercizio. Si precisa, altresì, che esso può essere diretto o indiretto. Permane, sul piano concreto, l’assoluta necessità di determinare una perdita attuale, escludendo quindi la risarcibilità della perdita meramente ipotetica e potenziale. La perdita o il pregiudizio devono rilevare sul piano della realtà fenomenica e fattuale, non avendo cittadinanza nel sistema della responsabilità civile una *species* di danno ipotetica (6) “affievolita”. Diversamente, si darebbe la stura per il

(5) Per una sintesi dei profili storici, oltre che alla voce enciclopedica citata alla nota precedente, si rinvia a G. Rotondi, *Dalla “lex Aquilia” all’art. 1151 cod. civ.: ricerche storico-dogmatiche*, ora in Id., *Scritti giuridici*, II, Milano, 1922, 571 s.; P. Cerami, *La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiano ad Ugo Grozio*, in L. Vacca (a cura di), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, (Madrid 7-10 ottobre 1993), Torino, Giappichelli, 1995, 118 s.; B. Kupisch, *La responsabilità da atto illecito nel diritto naturale, La responsabilità civile da atto illecito*, cit., 129 s.; Così A. di Majo, *Rileggendo Augusto Thon in merito ai c.d. danni punitivi dei nostri giorni*, in *Eur.e dir. priv.*, 2018, 1313-1314; A. Lamorgese, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni unite sui danni punitivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 325-326; L.E. Perriello, *Polifunzionalità della responsabilità civile e atipicità dei danni punitivi*, in *Contr. impr. eur.*, 2018, 451.

(6) La letteratura sul punto è vastissima. Cfr, per alcune prime indicazioni: M. Rustad-T. Koenig, *The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers*, *Am. U. L. Rev.*, 1993, 1269 s.; A. J. Sebok, *What Did Punitive Damages Do? Why Misunderstanding the History of Punitive Damages Matters Today*, *Chi.-Kent L. Rev.*, 2003, 163 s.; J. Y. Gotanda, *Punitive Damages: A Comparative Analysis*, *Columbia J. Transnatl. Law*, 2003, 391 s.; Francesca Benatti, *Correggere e punire. Dalla law of torts all’inadempimento del contratto* (Milano 2008), 1-7, 28-35; id., *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, a cura di H. Koziol-V. Wilcox, New York, 2009, *passim*; J. Taliadoros, *The Roots of Punitive Damages at Common Law: A Longer History*, *Clev. St. Law Rev.*, 2016, 251 s.; M. O De Girolami, *Reconstructing Malice in the Law of Punitive Damages*, *J. Tort Law*, 2021, 193 s.

risarcimento di posizioni giuridiche soggettive che non abbiano subito un reale pregiudizio; in altri termini, il principio di effettività e la funzione compensativa della responsabilità civile sarebbero irrimediabilmente violate. Si svuoterebbe di qualsivoglia significato l'intero sistema sostanziale e processuale della responsabilità civile. Sul presupposto della prova della perdita attuale, ossia dei fatti che permettono di concludere che la perdita, non certamente solo potenziale, in quanto meramente connessa allo *status* di proprietario, è legata strettamente ad un comportamento legittimo e tutelato dall'ordinamento giuridico, effettivamente impedito; il secondo principio di diritto enucleato opera su un piano distinto; la determinazione del *quantum* nel caso della difficoltà di prova dell'ammontare preciso: in tal modo, il danno è liquidato dal giudice con valutazione equitativa, eventualmente mediante il parametro del canone locativo di mercato (c.d. *fair value* del canone locativo).

La Corte opera, peraltro, uno snellimento dell'onere probatorio rispetto alla componente del danno emergente, quale specifico pregiudizio subito, rappresentato dalla mancata concessione, a causa dell'occupazione, del godimento ad altri, verso un corrispettivo superiore al canone locativo di mercato; altresì, esso indica la mancata vendita ad un prezzo più conveniente di quello di mercato.

Questo pregiudizio deve essere provato sulla scorta del disposto di cui all'art. 2697 c.c. L'onere di provare un fatto ricade su colui che invoca proprio quel fatto a sostegno della propria tesi (*onus probandi incumbit ei qui dicit*): chi vuol far valere in giudizio un diritto deve quindi dimostrare i fatti costitutivi, che ne hanno determinato l'origine.

In altri termini, le Sezioni unite aprono all'idea del danno *in re ipsa* inteso come effetto del mancato godimento, ma ne mitigano, di fatto, immediatamente la portata; la Suprema Corte impedisce l'espansione di tale statuizione, inserendo la necessità della prova di un danno concretamente subito. Occorre precisare come la sussistenza di tale danno si possa provare per presunzioni; tuttavia, esso finisce per consistere in un danno-conseguenza, ossia in un fatto da allegare e provare quale fatto-pregiudizio conseguente al fatto-evento.

Questo assetto appena configurato attenua, in maniera assai rilevante, il riconoscimento iniziale della idoneità dell'occupazione abusiva a ledere il diritto di godimento: una lesione è concreta se è specifica. Essa non si può ridurre e non si riduce alla lesione mera e generica del diritto di godimento.

Viene, in concreto riproposta, la rilevanza sistemica del danno-conseguenza che il danneggiato ha l'onere di provare, mediante un meccanismo presuntivo art. 2729 c.c.

Qualcosa che presuppone i risaputi oneri di allegazione e che accolla in capo al soggetto che subisce l'occupazione *sine titulo* il rischio, in un'ottica di analisi economica del diritto, di vedersi rigettata la domanda.

Il dibattito sull'astratta configurabilità del danno *in re ipsa* ha prodotto ricostruzioni ermeneutiche spesso confliggenti in seno alle sezioni semplici.

Una prima tesi estensiva assume che il danno da occupazione senza titolo sussista *in re ipsa*, in quanto la perdita di un bene immobile si sostanzia nella perdita della facoltà di godere e di disporre del bene stesso.

Ne deriva che la semplice perdita della disponibilità del bene da parte del titolare comporta l'impossibilità di conseguire l'utilità (7) ricavabile dal bene medesimo in relazione alla natura normalmente fruttifera dello stesso (secondo *l'id quod plerumque accidit*). In questo caso la quantificazione del risarcimento può essere operata dal giudice sulla base di elementi presuntivi semplici, facendo riferimento al c.d. danno figurativo (8), cioè al valore locativo del bene abusivamente occupato, ferma restando, in alternativa, la possibilità di una liquidazione in via equitativa ex art. 1226 c.c. Il Principio giuridico dell'Equità è di origine romana, ed esprime l'esigenza di adeguare le norme di legge al caso particolare, allo scopo di at-

(7) La questione sollevata dall'ordinanza della Suprema Corte merita particolare attenzione, atteso che concerne la tenuta costituzionale del sistema apprestato per la tutela del diritto di proprietà. Quest'ultimo, difatti, comprende sia il diritto di disporre che quello di godere delle cose in modo pieno ed esclusivo. Pertanto, è senz'altro risarcibile, non solo l'elisione del potere di disporre dell'immobile, ma anche la soppressione della facoltà di godimento, rispetto alla quale la dimostrazione di concrete e specifiche occasioni di guadagno perdute non assume alcun rilievo. Non si può negare come, nella prospettiva delineata, il proprietario finisca per ottenere una somma che non avrebbe mai tratto dall'immobile, non sfruttando le potenzialità fruttifere, ma la stessa è qualificabile non come reddito, ma come risarcimento per equivalente, volto a compensare il pregiudizio patito per la sottrazione di una delle utilità essenziali della proprietà. D'altra parte, sebbene la pretesa risarcitoria sia di norma fatta valere mediante una domanda accessoria (rispetto a quella principale, nell'azione di rivendicazione, con cui si mira a ottenere il rilascio dell'immobile), la stessa assolve, in concreto, a un ruolo irrinunciabile nel sistema di tutela della proprietà. Ne consegue che limitare il risarcimento ai pregiudizi patiti nella sola facoltà di disporre del bene significa apprestare una tutela incompleta al diritto del proprietario, al quale è riconosciuta anche una facoltà di godimento diretto del bene. Come rilevato dalla Corte, l'utilità ritraibile dal godimento diretto del bene rappresenta una posta attiva del patrimonio del titolare, la cui privazione, anche solo temporanea, rappresenta per se stessa una lesione patrimoniale, qualificabile come danno emergente, risarcibile ex art. 1223 c.c. Diversamente opinando, si finirebbe per ridurre fortemente l'essenza stessa del diritto di proprietà, configurandolo come un insieme di posizioni "dinamiche", trascurando, così, il dato "statico" attinente alla facoltà di godimento. Al medesimo risultato, peraltro, si giungerebbe qualora si richiedesse al proprietario di dimostrare l'"esercizio attivo" della facoltà di godimento. Quest'ultima, come già chiarito, può esaurirsi anche in una fruizione in potenza, che non si traduca in una fruizione in atto.

(8) Di recente P. Trimarchi, *La responsabilità civile, atti illeciti, rischio, danno*, II ed., Milano, Giuffrè, 2019, 9 ss., 524 ss. e 649 ss., ha preso una netta posizione sostenendo che i danni punitivi non sono in senso tecnico compatibili con il nostro sistema, senza però disconoscere che la misura risarcitoria possa avere una "funzione sanzionatrice".

tenuare, in alcuni casi, la severità del diritto positivo. Alcune formule processuali romane imponevano al giudice di fissare l'ammontare delle condanne secondo un principio di giustizia. Tale ricostruzione prendeva le mosse da una estrema valorizzazione del principio equitativo. Già il diritto romano contrapponeva, infatti, l'equità del pretore alla rigidità delle norme dello *ius civile*. Il principio di equità è variamente applicato, in materia di risarcimento del danno; la legge prevede, a norma dell'art. 1226 c.c., che dove questo non risulti con precisione nel suo ammontare viene valutato dal giudice con equità. In relazione ai contratti, la legge prescrive che le parti sono tenute non esclusivamente a quanto in essi è stato stabilito, ma anche alle relative conseguenze di legge degli usi o dell'equità. Occorre sottolineare, tuttavia, la portata di tale presunzione avrebbe carattere non già assoluto ma relativo, *ius tantum*. Si lascia, sul piano processuale, inalterata la possibilità, per il convenuto, di fornire la prova contraria, ossia la prova che il proprietario non avrebbe comunque, in concreto, sfruttato economicamente l'immobile oggetto di occupazione *sine titulo*. Tale ricostruzione è aspramente criticata, poiché muoverebbe da assiomi non dimostrati, quale quello per cui il bene immobile sarebbe funzionalmente e intrinsecamente volto alla produzione di ricchezza; la massima di esperienza per cui il bene immobile è dotato di una vocazione intrinsecamente fruttifera sarebbe smentita anche dall'istituto giuridico dell'usucapione, il quale conferma proprio come non sempre il proprietario scelga di mettere l'immobile a frutto. Un distinto orientamento, al contrario, opera una forma di riconduzione per cui il danno da occupazione abusiva sarebbe parte della categoria del danno-conseguenza. Tale assunto non è meramente classificatorio, ma è foriero di risvolti pratico-applicativi. Da ciò deriva la necessità per il danneggiato di provare l'effettiva lesione arrecata al proprio patrimonio per non aver potuto sfruttare economicamente il bene. Tale assetto è rappresentativo della tradizione dogmatica civilistica in materia di responsabilità civile.

La *ratio* è anti-elusiva: si desidera evitare che il danno *in re ipsa* possa fungere da strumento per erodere e snaturare la funzione compensativo-riparatoria del risarcimento rendendola punitiva, in mancanza dell'intermediazione legislativa con funzione tipizzante, e, quindi, oltre i casi in cui ciò risulta ammesso. Difatti per tale orientamento, ove il danno da occupazione *sine titulo* di un immobile fosse *in re ipsa*, si configurerebbe un pregiudizio economico ritenuto conseguenza automatica di una data lesione, andando ben oltre le presunzioni.

Si configurerebbe una ipotesi peculiare di danno punitivo (9), con funzione eminentemente sanzionato-

(9) Nell'ordinamento giuridico di *common law* le varie componenti della condanna pecuniaria inflitta al responsabile di un illecito civile si distinguono sulla base dello scopo che perseguono, ovvero tra risarcimenti con finalità restitutoria o riparatoria (*compensatory damages*) e somme integrative con fina-

ria (10), propria di altri sistemi giuridici. Secondo una terza ricostruzione ermeneutica, che tende a mitigare la portata del contrasto, attribuendo rilevanza alla prova presuntiva *ex se*. In questo senso, si osserva che il contrasto giurisprudenziale sarebbe meramente apparente in quanto la tesi del danno *in re ipsa* non prescinde dall'accertamento di un danno effettivo, ma si limita ad affidarlo alla prova logica presuntiva.

In concreto, ricorre, in ogni caso l'esigenza di allegare e provare l'intenzione concreta di mettere l'immobile a frutto confligge con l'affermazione della possibilità del ricorso a presunzioni.

Difatti, trattandosi di *praesumptio hominis*, essa non attiene alle deduzioni delle parti, ma all'operato del giudice, il quale se ne avvale per risalire dagli elementi di fatto acquisiti ai fatti costitutivi della fattispecie sottoposta al proprio esame, ai sensi dell'art. 115, c. 2, c.p.c., nella misura in cui rientrano nella sfera del notorio, ovvero avvalersi allo stesso modo delle c.d. massime d'esperienza, precipuamente intese a governare il ragionamento di tipo presuntivo.

Occorre, per maggiore completezza, precisare che la *querelle* è presentata da due distinte angolazioni: da un lato, la Sezione III analizza l'ammissibilità della qualificazione del danno in questione come danno *in re ipsa*, richiamando il dibattito del danno non patri-

lità solo simbolica o addirittura punitiva e deterrente (*non compensatory damages*). Pertanto, in materia di responsabilità civile e anche in materia di risarcimento del danno, gli ordinamenti di *common law* prevedono il singolare istituto dei "*punitive damages*", ovvero i danni punitivi. Ripercorrendo l'*excursus* storico di tale istituto giuridico si nota che venne introdotto nell'ordinamento anglosassone nel XIV secolo.

(10) G. Calabresi, *Le pene private e il carattere misto della responsabilità civile*, in *Le pene private* cit., 418; Id. *The Complexity of Torts-the case of punitive Damages in MS Madden, Exploring tort law*, Cambridge University Press, 2005; Id. *The costs of accidents*, New Haven e Londra: Yale University Press, Unites States, 1970; C. Castronovo, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa e dir. priv.*, 2008; Id., *Il danno all'ambiente nel sistema di responsabilità civile*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2008, 511 ss.; L. Ciaroni, *Il paradigma della responsabilità civile tra tradizione e prospettive di riforma*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, 1129; R. D. Cooter, D. L. Rubinfeld, *Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution*, in *Journal of Economic Literature*, Vol. 27, No. 3, 1989, pp. 1067-1097; V. Di Cataldo, *Compensazione e deterrenza nel risarcimento del danno*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 198 ss.; F.D. Busnelli, G. Scalfi (a cura di), *Le pene private*, cit. 31.; A. Albanese, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Milano, 2005; A. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, Oxford, 2009, 421 ss.; F.D. Busnelli, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito e danni punitivi*, in *Eur. dir. priv.*, 2009; id., *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964; D. Fondaroli, *Illecito e riparazione del danno*, Bologna, 1999; M. Franzosi, *Fatti illeciti - Supplemento (art. 2043, 2056-2059)*, in *Commentario Scialoja-Branca*, F. Galgano, (a cura di), 2004, 666; id., *Il nuovo danno all'ambiente*, in *Resp. civ.*, 2009, 785; id., *Trattato della responsabilità civile. L'illecito*, 2004; F. Galgano, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 532.

moniale; dall'altro lato, la Sezione II colloca al centro del discorso la struttura del diritto di proprietà, il quale si scinde nel potere di disporre, la cui lesione sarebbe destinata a risolversi solo in un lucro cessante, per il quale varrebbero in toto gli oneri di specifica allegazione e prova del pregiudizio lamentato, e nel potere di godere. Invece, in tale prospettiva, a venire in rilievo sarebbe l'impedimento mero a ricavare dal bene occupato l'utilità diretta, ossia il godimento *ex art. 832 c.c.*, che non dovrebbe richiedere altra prova ulteriore rispetto a quella del fatto generatore del danno.

Sulla base di una prima ricostruzione, si evoca una concezione reale del danno: si valorizza la possibilità di accreditare una concezione del danno, attinente alla compressione del potere o facoltà di godimento in quanto tale del bene, anche a prescindere dalla possibilità di ritrarne frutti civili o naturali.

Questa impostazione consente di ipotizzare una peculiare tutela risarcitoria, con riferimento alla componente statica del diritto di proprietà.

Essa si riconduce all'utilizzo diretto del bene da parte del titolare del diritto, corrispondendo il danno alla lesione in sé del godimento del bene, generativa di un danno-conseguenza, coincidente con il danno-evento.

In tal caso il danno *in re ipsa*, in considerazione della sola perdita del diritto di godimento in capo al titolare.

Tale ricostruzione del danno *in re ipsa* è aspramente criticata, poiché in contrasto con i dogmi della responsabilità civile, rilevando, ai fini risarcitori, il solo danno conseguenza, (da allegare e provare necessariamente).

Siffatta tesi ermeneutica darebbe cittadinanza ai cc.dd. danni punitivi, forieri di obbligazioni risarcitorie non solo meramente reintegrativo-compensative, ma sanzionatorie (11).

(11) Il principio secondo il quale non si può permettere a nessuno di trarre giovamento e profitto dal compimento di un comportamento illecito e, pertanto, la previsione di figure rimediali con carattere sanzionatorio e punitivo, è diventato un dogma irrinunciabile al fine di porre certezza nell'ordinamento giuridico ma anche nei contratti e negli scambi economici. Di fatto trova qui applicazione il proverbio "il fine giustifica i mezzi". Ecco allora che nel sistema di *common law* faceva ingresso la categoria rimediale dei *punitive damages* nella sua accezione di ristoro del pregiudizio sofferto da un soggetto e secondo cui il giudice doveva applicare una "pena privata" da quantificare in maniera proporzionale all'offesa arrecata nel caso pendente: infatti la disciplina americana in materia di responsabilità civile, in caso di evento dannoso ed economicamente perseguibile, consente al danneggiato l'effettivo risarcimento sia del pregiudizio economico sofferto, sia dei danni non parimenti monetizzabili, i c.d. *pain and suffering*. I principi che stanno alla base dell'istituto processuale dei *punitive damages* sono gli stessi che fondano l'intero sistema dell'*Equity*, ovvero di quel sistema giuridico anglosassone che si è sviluppato grazie all'operato delle Corti regie di giustizia.

### 3. Conclusioni

Il contrasto sembra, tuttavia, stemperarsi, per la circostanza per cui entrambi gli indirizzi riconoscono la facoltà di provare il danno, mediante il ricorso alle presunzioni semplici o al fatto notorio.

L'annosa querelle attiene alla *species* di danno risarcibile: è dibattuto, in dottrina e in giurisprudenza, se si sia o meno in presenza di un danno emergente o di un lucro cessante, con tutto quanto ne consegue sul piano probatorio.

Ciò, a sua volta, impone di prendere posizione sul contenuto del diritto di proprietà, stabilendo se il mero mancato godimento del bene possa integrare un danno.

Il dibattito tende inevitabilmente a scivolare dal piano sostanziale – quello della configurabilità del risarcimento nel caso di danno *in re ipsa* – al piano strettamente processuale dell'onere della prova.

Anche l'indirizzo che ripudia l'ammissibilità di un danno presunto acconsente poi, alla fine, di andare ad alleggerire l'onere della prova gravante sul danneggiato, giungendo quasi ad una sua inversione, mediante il ricorso allo strumento delle presunzioni semplici. Le distanze fra i risultati attinti dai due orientamenti sono, in realtà, meno rilevanti di quanto appare *prima facie*.

La risposta di compromesso delle S.U. si muove, appunto, in una prospettiva riduzionistica, con funzione di mitigazione degli effetti sul piano sostanzial-processuale. Ammessa in linea teorica, la nozione di danno *in re ipsa* (12) viene stemperata finendo per appropiare sul dogma di allegazione del pregiudizio, prova presuntiva, liquidazione in via equitativa.

Pertanto si è affermato che, in caso di occupazione di un immobile *sine titulo*, il danno subito dal proprietario non può ritenersi *in re ipsa*, ma deve essere sempre provato, ancorché attraverso il ricorso a presunzioni semplici (13), che comunque rivelino

(12) E proprio il richiamo al danno *in re ipsa* in tale contesto induce a riflettere sulle convergenze o simmetrie che fra le due forme di responsabilità (contrattuale ed extracontrattuale) si possono costruire anche grazie alla figura di cui si tratta, ancorché non sia questa la sede per trattarne.

(13) Nel medesimo senso Cass. n. 1162/2021 cit., la quale nota che il danno *in re ipsa* vero e proprio "non comporterebbe soltanto un semplice alleggerimento del peso probatorio del danneggiato: questi verrebbe, a ben vedere, sollevato anche dall'onere di allegazione del danno, con conseguente commissione del diritto di difesa dell'autore della violazione", sicché "salva la prova contraria del preteso danneggiante, il soggetto leso potrebbe ottenere un risarcimento anche quando, in concreto, non abbia subito alcun pregiudizio". Non si comprende appieno se il danno sia presunto o se vada allegato e provato; se il *discrimen* consista nell'intensità dell'onere di allegazione e prova in capo al presunto danneggiato o, infine, se riguardi solo il *quantum* del risarcimento". Inoltre, nel senso che "la Suprema Corte discorre con tanta costanza di danno *in re ipsa*, ma ciò che intende dire è semplicemente che la prova del danno è *in re ipsa*, dal momento che "il danno a carico del proprietario privato del godimento del bene, pur concettual-

l'intenzione concreta del proprietario di mettere l'immobile a frutto, dovendo, inoltre, la liquidazione equitativa dello stesso compiersi sulla base di un prudente temperamento dei vari fattori di probabile incidenza del pregiudizio nel caso concreto, essendo il giudice chiamato a dare conto, in motivazione, del peso specifico attribuito ad ognuno di essi, in modo da rendere evidente il percorso logico seguito nella propria determinazione e consentire il sindacato del rispetto dei principi del danno effettivo, dell'integralità e della funzione eminentemente reintegrativo-compensativa del risarcimento.

GIUSEPPE MARIA MARSICO