



Palermo (aula magna della Corte d'appello), 29 ottobre 2021

**I BENI IMMATERIALI
E LA RELATIVA TUTELA POSSESSORIA**

Lucio Munaro
giudice del Tribunale di Treviso

SOMMARIO

Premessa

- 1. Il problema.**
 - 2. Opere dell'ingegno e altri beni immateriali (in senso stretto).**
 - 3. Quota societaria.**
 - 4. Energia elettrica, gas, acqua.**
 - 5. Bande di frequenza e trasmissioni radio-televisive.**
 - 6. Spazio aereo.**
-

P R E M E S S A

Questo scritto dà conto dell'attuale assetto giurisprudenziale e interpretativo in tema di possesso di beni immateriali e di beni comunque privi del carattere della solidità. Riflette inoltre lo sforzo di trovare un 'filo' comune capace di legare tali beni alle cose materiali, ai fini dell'applicazione degli artt. 1140 ss. c.c. quando insorgano esigenze di tutela possessoria o di tutela derivante dall'acquisto dei beni mediante il possesso.

Quantunque i dubbi sulla qualificazione giuridica del godimento dei beni immateriali siano molto risalenti nel tempo, la materia è ancora poco esplorata sia sul piano giurisprudenziale, sia su quello dottrinale,

Nondimeno ho cercato di coordinare organicamente il frammentario materiale formatosi nel tempo, utilizzando come collante la pluriennale esperienza nella trattazione dei giudizi possessori. Difatti per una singolare coincidenza le tabelle del Tribunale di Brescia e quelle del Tribunale di Treviso – i due uffici presso i quali ho sinora diviso gli anni di lavoro giudiziario – non mi hanno mai risparmiato la materia della tutela interdittale e comunque del possesso.

Le questioni dogmatiche – seppure astrattamente interessanti sul piano della pura analisi giuridica – sono illustrate sinteticamente e sempre nell'ottica 'pratica' di uno studio funzionale alle esigenze giudiziarie concrete. Lo scopo è soltanto quello di dare con chiarezza indicazioni utili sul piano pratico e affidabili sul piano dogmatico, ai fini della trattazione delle questioni inerenti al possesso dei beni in parola.

L. M.

1. Il problema.

Si tratta di verificare se possa parlarsi – e a quali condizioni – di possesso giuridicamente rilevante ex artt. 1140 ss. c.c. con riguardo ai beni immateriali in senso lato; con riguardo cioè sia ai beni **privi di corporalità e insuscettibili di percezione sensibile** (beni immateriali in senso stretto), sia ai beni che, pur essendo suscettibili di percezione sensibile, **mancano del carattere della solidità**. Da un lato vi sono ad es. le opere dell'ingegno, le invenzioni industriali, le quote di società a responsabilità limitata, lo spazio aereo e tutti i beni incorporali generati dall'evoluzione tecnologica (*software* ecc.). Dall'altro vi sono ad es. le energie, il gas, l'acqua e le onde elettromagnetiche in relazione alle trasmissioni radio-televisive.

Sussiste un evidente problema di compatibilità tra le norme sul possesso del codice civile, concepite tipicamente per le cose corporali, e beni le cui caratteristiche confliggono apertamente con la concezione tradizionale del possesso. E' una concezione 'fisiologicamente' legata alla corporalità e materialità dei beni, trattandosi dei caratteri che soli permettono di ravvisare il requisito dell'esclusività, il quale per definizione connota il possesso.

E' **l'esclusività del godimento** che caratterizza l'esercizio di poteri di fatto a immagine di un diritto reale, cosicché nella dinamica del possesso la cosa viene assoggettata ad un dominio (la c.d. signoria di fatto) che esclude l'ingerenza di terzi. Ma è difficile ravvisare questo requisito in beni, come ad es. le opere dell'ingegno, che sono tipicamente **riproducibili o accessibili in via telematica**, con **l'uso contemporaneo da parte di più soggetti**.

Si tratta di un problema emerso da molti anni, tanto che alcuni giuristi si sono sforzati addirittura di **rimodellare l'istituto del possesso** in funzione delle caratteristiche e della dinamica di utilizzo dei beni immateriali; e ciò addirittura ipotizzando una **nuova definizione di esclusività**, in qualche modo **piegata alle caratteristiche dei beni** da tutelare volta per volta. Nondimeno lo scenario interpretativo è ancora piuttosto scarno, sicché è indispensabile affrontare il problema volta per volta, a seconda dell'esperienza giudiziaria in merito alle singole categorie di beni immateriali concretamente rilevanti.

2. Opere dell'ingegno e altri beni immateriali (in senso stretto).

2.1. Certamente si può, e anzi si deve parlare di possesso dei beni immateriali, anzitutto perché è il legislatore a prevederlo, seppure a fini specifici. Alcune norme sulle opere dell'ingegno, sui segni distintivi e sulle invenzioni industriali ricollegano precisi effetti giuridici al 'possesso' o all' 'uso' di fatto dei beni in questione.

Basti considerare che i diritti di utilizzazione economica riconosciuti dalla legge sul diritto d'autore possono anche essere dedotti in giudizio da chi si trovi nel *possesso legittimo dei diritti* stessi (art. 167, l. 22.4.1941, n. 633 – *Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio* –).

E' esplicitamente previsto ad es. il diritto del preutente a *continuare nell'uso del marchio*, anche ai fini della pubblicità, nei limiti della diffusione locale, nonostante la registrazione del marchio da parte di terzi (art. 12.1, d.lgs. 10.2.2005, n. 30 – *Codice della proprietà industriale* –).

Inoltre il titolare di un marchio d'impresa che per cinque anni consecutivi abbia tollerato, essendone a conoscenza, l'*uso di un marchio* posteriore registrato uguale o simile, non può domandare la dichiarazione di nullità del marchio posteriore nè opporsi all'uso dello stesso per i prodotti o servizi in relazione ai quali il detto marchio è stato usato, salvo il caso in cui il marchio posteriore sia stato domandato in mala fede (art. 28.1, d.lgs. n. 30/2005 cit.).

Ancora, chiunque, nel corso dei dodici mesi anteriori alla data di deposito della domanda di brevetto, abbia fatto *uso nella propria azienda dell'invenzione* può continuare ad usarne nei limiti del preuso (art. 68.3, d.lgs. n. 30/2005 cit.).

Nondimeno, come puntualmente rilevato dai giuristi più attenti, norme del genere sono poco significative per giustificare l'applicazione degli artt. 1140 ss. c.c. anche ai beni immateriali, perché la **tutela ivi apprestata al godimento di fatto risponde a logiche e criteri diversi** da quelli propri del possesso ex artt. 1140 ss. c.c., quello cioè delle cose materiali.

D'altronde già negli anni '80 la suprema Corte notava correttamente che nel nostro sistema il termine 'possesso' viene utilizzato in alcune norme anche con riferimento a situazioni di fatto diverse da quella definita dall'art. 1140.1 c.c. E ricordava a tale riguardo, oltre all'art. 167, l. n. 633/1941 cit. (v. *supra*), gli artt. 130.2, 131, 236.2 e 237 c.c., rispettivamente relativi al possesso di stato di coniuge e di figlio (Cass. n. 7409/1986).

2.2. La giurisprudenza più remota – ma tutt’altro che inutile, per la notevole carenza di pronunce di legittimità sul tema – configura un qualche possesso dei beni immateriali, però lo fa con riguardo a **singoli problemi e senza consentire la ricostruzione di una regola organica e unitaria**. Si trovano addirittura risalenti enunciazioni di principio che sembrano preludere ad aperture significative sul parallelismo col possesso dei beni materiali, ma poi **non è mai rintracciabile una ‘sicura’ regola giurisprudenziale** che individui un possesso rilevante ex artt. 1140 ss. c.c.

Così per esempio la Cassazione ha affermato con una certa perentorietà che i **diritti di utilizzazione economica dell’opera intellettuale presentano tutte le caratteristiche dei diritti reali**; sicchè è una posizione di possesso quella di chi si trovi, rispetto alle possibilità di sfruttamento economico dell’opera, nello stesso rapporto in cui si troverebbe se fosse titolare dei relativi diritti. E dunque il **criterio risolutivo del conflitto tra più acquirenti degli stessi diritti di utilizzazione economica di un’opera dell’ingegno va individuato nell’art. 1155 c.c.**, e non nell’art. 1380 c.c., che disciplina il conflitto per cessioni successive di uno stesso diritto di godimento (Cass. n. 3004/1973).

Si è inoltre affermato che il **diritto dell’imprenditore sulla ditta può essere acquistato per usucapione**, ma alla duplice condizione che ne sia cessato l’uso da parte del titolare originario e che si sia instaurato un uso a titolo di possesso *ad usucapionem* da parte di altro esercente la ditta; sicchè non basta che il titolare originario si sia limitato a tollerare l’usurpazione altrui pur continuando nel proprio uso legittimo (Cass. n. 6150/1978).

Di fatto le potenzialità concettuali di queste remote pronunce non sono state poi sviluppate nel tempo, e infatti dalla (rara) giurisprudenza successiva non si ricavano indicazioni sistematiche adeguatamente affidabili in merito all’istituzione di un parallelismo giuridicamente rilevante col possesso dei beni materiali.

2.3. La propensione di certi interpreti a voler delineare una sorta di statuto del possesso dei beni immateriali, come tale riconducibile alla disciplina del codice civile in tema di possesso, genera addirittura dei **clamorosi fraintendimenti nella lettura ragionata delle sentenze**. Cosicchè talora si accredita alla Cassazione l’intenzione di avallare il riconoscimento *tout court* del possesso dei beni immateriali sulla base di sentenze che invece sono irrilevanti in tal senso. E’

questo il caso di Cass. n. 9247/2012, che dà conto del possesso delle opere intellettuali a fini affatto diversi da quelli ipotizzati in via generale da taluno.

Nella vicenda in esame, due società ('Compass Film' e 'Movietime') titolari dei diritti di sfruttamento di alcune opere cinematografiche in tutti i paesi del modo tranne l'Italia avevano lamentato che una terza società ('Mediaset' poi incorporata nella 'RTP'), titolare degli stessi diritti di sfruttamento ma solo in Italia, aveva invece trasmesso i film anche in paesi diversi dall'Italia. Le due società attrici dunque avevano fatto valere la titolarità dei rispettivi diritti cinematografici, deducendo in giudizio anche una pretesa risarcitoria contro la 'RTP'. Quest'ultima aveva resistito alle pretese attoree, eccependo anzitutto che le due società non avevano assolto l'onere probatorio, perché avrebbero dovuto dimostrare l'effettiva titolarità del diritto di proprietà sulle opere; e avrebbero dovuto farlo risalendo, attraverso la serie dei passaggi, dal proprio dante causa fino al produttore del bene ai sensi dell'art. 45, l. n. 633/1941 cit. Al contrario, le due società attrici non avevano fornito una prova del genere (la c.d. *probatio diabolica* tipicamente richiesta per l'azione di rivendicazione ex art. 948 c.c.), essendosi limitate a dimostrare l'acquisto a titolo derivativo del loro diritto.

La suprema Corte disattese l'eccezione della 'RTP' rilevando che la questione controversa riguardava esclusivamente la turbativa del possesso di diritti cinematografici, a causa della trasmissione all'estero di film che potevano essere trasmessi solo in Italia; non riguardava cioè l'accertamento dell'ambito di estensione dei rispettivi diritti, non essendovi contestazione sul fatto che le due società attrici potevano trasmettere in tutti i paesi tranne l'Italia, mentre la 'RTP' poteva farlo solo in Italia. Tale essendo il *thema decidendum* – turbativa del possesso dei diritti di sfruttamento delle opere – alle due attrici bastava provare la regolarità degli atti di acquisto dei diritti cinematografici, non essendo affatto necessario risalire al produttore originario ex art. 45, l. n. 633/1941 cit.

E' dunque evidente che, lungi dal segnalare innovative scelte di fondo della Cassazione sulla configurabilità di un possesso dei beni immateriali riconducibile allo schema codicistico, la sentenza in parola semplicemente **ricollega al possesso una rilevanza solo processuale**, nel senso di **alleggerire l'onere probatorio nella deduzione in giudizio del diritto allo sfruttamento di un'opera dell'ingegno**.

2.4. L'attuale (scarno) quadro giurisprudenziale certamente non si pone su un piano di continuità rispetto alle aperture remote cit.

Non è dunque configurabile un possesso di opere dell'ingegno rilevante ai fini dell'acquisto a titolo originario ex art. 1153 c.c., in base a buona fede e titolo astrattamente idoneo. Infatti il possesso rilevante a tali fini presuppone la consegna, e non può concepirsi una consegna in senso tecnico di un'opera dell'ingegno. Il **diritto d'autore trova fondamento unicamente nell'atto creativo** e realizzativo dell'idea, sicchè il relativo trasferimento non può che riguardare l'oggetto materiale in cui l'opera si realizza. La natura, il fondamento e il carattere dell'opera dell'ingegno ne sanciscono la **incompatibilità logico-giuridica con una consegna idonea a perfezionare la fattispecie ex art. 1153 c.c.** La consegna non può che **limitarsi al mero supporto materiale relativo all'opera** (Cass. n. 39/2017 per es. ha respinto la pretesa del soggetto che rivendicava la proprietà ex art. 1153 c.c. del materiale cinematografico, con l'acquisizione dei relativi diritti di utilizzazione economica, per avere acquistato le pellicole del 'Don Chisciotte' di Orson Welles dalla società presso cui erano depositate, e che non era legittimata a cederle. L'acquisto delle pellicole in sé è irrilevante a tali fini, trattandosi semplicemente del supporto materiale finalizzato alla custodia dell'opera cinematografica, che nel caso in esame presentava notevole interesse storico e artistico).

Al riguardo, la suprema Corte ha mantenuto una giurisprudenza coerente e costante nel tempo. Difatti già nel 2011 aveva ribadito la correttezza delle pronunce più risalenti (ad es. Cass. n. 826/1977), secondo cui il **diritto di utilizzazione economica di un'opera intellettuale non può essere usucapito** a causa del carattere particolare del diritto d'autore, la cui genesi consiste unicamente nell'**atto creativo dell'idea**, seguito dalla sua estrinsecazione. Un tale carattere dunque non tollera altri modi di acquisto a titolo originario, quali quelli che a certe condizioni possono derivare dal possesso. La Cassazione ha lucidamente osservato che l'incompatibilità tra acquisto ex art. 1153 c.c. e opera dell'ingegno è confermata dalla *ratio* della norma, che riposa sull'**esclusività del possesso del bene** e sulla conseguente **unicità del godimento**, ben **riconoscibili anche dai terzi**. E ha rimarcato la difficoltà di rinvenire tali caratteri – esclusività, unicità, riconoscibilità – nel traffico dei beni immateriali, *“per il trasferimento dei quali non si richiede una consegna, perché la consegna, anche ove ricorra, si riferisce all'oggetto materiale in cui l'opera dell'ingegno talora si estrinseca senza mai però*

immedesimarsi in essa, come appare particolarmente evidente proprio per le opere, quali quelle cinematografiche, connotate da totale riproducibilità” (Cass. n. 30082/2011, che ha respinto la pretesa della ‘RAI’ di essere riconosciuta titolare per acquisto ex art. 1153 c.c. del diritto di sfruttamento di alcune opere cinematografiche, acquisito (coi relativi supporti fisici) dalla ‘Cecchi Gori Group’, che a sua volta l’aveva acquisito (*a non domino*) da una società; quest’ultima infatti aveva titolo per sfruttare le opere solo in alcuni paesi europei e soltanto per un periodo anteriore a quello per il quale aveva ceduto il diritto di sfruttamento).

Pertanto, secondo l’attuale assetto giurisprudenziale, in materia di diritto d’autore non si possono invocare modi di acquisto a titolo originario diversi dalla **creazione**.

2.5. Lo ‘stato dell’arte’ in materia impedisce conclusivamente di istituire un parallelismo giuridicamente significativo tra possesso dei beni materiali e possesso di quelli immateriali. D’altronde va condiviso il frequente rilievo interpretativo secondo cui il catalogo degli strumenti di tutela urgente specificamente previsti dalla legislazione speciale in materia è esaustivo, sicchè la necessità di ricorrere alla tutela possessoria è praticamente nulla. E che non vi sia una necessità del genere è plasticamente dimostrato dalla sostanziale assenza di una casistica giurisprudenziale al riguardo.

In effetti l’ambito di effettiva rilevanza del possesso dei beni immateriali è costituito dalla circolazione degli stessi, con le conseguenti esigenze di tutela; e non a caso infatti gli unici significativi precedenti giurisprudenziali attengono alla **rilevanza del possesso ai fini dell’acquisto di diritti sui beni** in questione.

Che anche a tali fini il possesso conclusivamente non rilevi è coerente con l’esatto rilievo interpretativo secondo cui il potere di fatto sul bene immateriale **non presenta lo stesso significato socialmente univoco** del potere di fatto su quello materiale. Certamente non presenta quell’esclusività e incompatibilità con un potere di fatto concorrente che si riscontrano per es. nella condotta di chi coltiva sistematicamente un fondo agricolo o si serve a fini commerciali e abitativi di un fabbricato urbano. Non lo presenta a causa delle caratteristiche proprie dei beni immateriali, come ad es. la riproducibilità del supporto che contiene l’opera dell’ingegno, o l’accessibilità ad essa in via telematica, cosicchè ne è consentita l’utilizzazione contemporanea da parte di più soggetti.

In quest'ottica si comprende bene la resistenza della giurisprudenza a legittimare l'acquisto dei beni immateriali mediante possesso, perché le loro caratteristiche ne renderebbero insicura la circolazione.

D'altronde anche accurati riferimenti di diritto comparato (R. Sacco – R. Caterina, 2014) mostrano che in altri ordinamenti il 'collegamento giuridico' tra possesso e beni immateriali è ancora più labile, se non inesistente.

In **Francia** ad esempio la proprietà intellettuale (*propriété littéraire*) e quella industriale (*propriété industrielle*), pure riconosciute come diritti su beni immateriali, non hanno particolare rilevanza sotto il profilo dell'esercizio di fatto. Dalla ricostruzione sistematica della materia emerge che, seppure il primo uso rilevi ai fini dell'acquisto del diritto, è implausibile l'applicazione delle norme sull'acquisto per usucapione o in base al principio 'possesso vale titolo' (*possession vaut titre*). Così come non pare concepibile l'estensione a tali beni della tutela possessoria immobiliare (l'unica ivi riconosciuta).

Il **sistema inglese** è parimenti insensibile al 'collegamento giuridico' in questione, anche perché non sono rinvenibili forme di tutela possessoria assimilabili a quelle previste dal nostro ordinamento. Non manca comunque la tutela del preuso per alcuni aspetti, mentre l'istituto dell'*estoppel* permette di tutelarsi al soggetto che abbia acquistato un diritto su bene immateriale da un titolare apparente.

Quanto alla **Germania**, le norme del suo codice civile sono chiare e insuscettibili di applicazioni estensive o analogiche. Infatti ai sensi del § 584 del BGB il possesso non può avere ad oggetto che le cose, e ai sensi del § 90 del BGB *cose, nel senso della legge, sono soltanto oggetti corporali*. E anche sul piano interpretativo, con riferimento ai beni immateriali si rileva l'assenza della signoria di fatto esteriore che connota il possesso. Alle opere dell'ingegno non si ricollega infatti il possesso bensì l'accettazione, la comprensione e la condivisione. Ne conseguono dunque l'inammissibilità della tutela possessoria e l'inapplicabilità diretta delle norme sull'usucapione.

3. Quota societaria.

Da molto tempo la **quota di partecipazione in una società a responsabilità limitata viene generalmente considerata come un bene**

immateriale equiparabile al bene mobile non registrato ex art. 812 c.c.; sicchè ad essa possono applicarsi, ai sensi dell'art. 813 c.c., le disposizioni concernenti i beni mobili. Tale quota ricomprende un **complesso di diritti e obblighi di carattere personale e a contenuto obbligatorio**, che definiscono lo status di socio del soggetto titolare della quota. Sotto il profilo economico la partecipazione sociale assume un valore patrimoniale oggettivo, perché rappresenta il diritto ad una frazione del capitale sociale, e come tale può formare oggetto unitario di atti di disposizione (Cass. n. 10826/2014; Cass. n. 22361/2009; Cass. n. 6957/2000; Cass. n. 697/1997; Cass. n. 7409/1986).

Su questo presupposto esplicitamente condiviso, il tribunale di Milano ha ritenuto che il **possesso decennale della quota di s.r.l.**, accompagnato dall'acquisto in buona fede, possa giustificare l'acquisto per usucapione ex art. 1161.1 c.c. – secondo cui la proprietà dei beni mobili si acquista in virtù del possesso decennale che sia acquistato in buona fede –.

Nell'interessante caso in questione – che viene semplificato in ragione di quanto interessa ai nostri fini – a fronte di una deliberazione di aumento del capitale sociale di una s.r.l risalente al 1992, ne seguì un determinato assetto delle quote spettanti ai tre soci. Nel 2003 il socio Primo ottenne dalla società la rettifica dell'annotazione a libro soci, facendosi riconoscere dalla società una quota maggiore (la rettifica si ricollegava a vicende inerenti all'esercizio del diritto di opzione). Così al socio Primo fu attribuita una percentuale maggiore, e specularmente al socio Secondo fu ridotta la percentuale della sua quota. Quest'ultimo agì in giudizio per far accertare che la percentuale della sua quota corrispondeva in verità all'assetto originario, non ricorrendo le condizioni (fattuali e giuridiche) per procedere alla rettifica. A tal fine il socio Secondo allegò di essere titolare della quota nella misura originaria quanto meno per usucapione ex art. 1161.1 c.c., avendone conseguito il possesso in buona fede all'epoca della sottoscrizione conseguente alla deliberazione di aumento del capitale sociale del 1992.

Il tribunale accolse la domanda del socio Secondo, richiamando la consolidata giurisprudenza della Cassazione cit. e osservando che l'art. 1161.1 c.c. è applicabile anche alle partecipazioni societarie. Era emerso infatti che, durante i **dieci anni trascorsi dall'aumento di capitale** del 1992 fino alla rettifica societaria del 2003, il socio Secondo aveva **esercitato i diritti sociali inerenti alla quota nella sua percentuale originaria**. Per tutto questo periodo aveva

dunque compiuto atti conformi alla qualità e alla destinazione del bene, mentre il socio Primo era rimasto inerte. Né era emerso quale fatto idoneo a superare la presunzione di buona fede prevista dall'art. 1147.3 c.c. a favore del socio Secondo (Trib. Milano, 13.3.2015).

Sempre sul presupposto che la quota di s.r.l. sia un bene immateriale equiparabile ai beni mobili non registrati, con conseguente applicazione della relativa disciplina normativa, il relativo **possesso è stato ritenuto efficace ai sensi dell'art. 2913 c.c.** – secondo cui l'alienazione dei beni pignorati è inefficace, salvo che l'acquisto del terzo si fondi sul possesso in buona fede –. In questa ipotesi dunque il **possesso rileva nel senso di fare salvo l'acquisto della quota e rendere inopponibile al terzo compratore il pignoramento** della medesima.

Nel ragionamento della suprema Corte, l'**iscrizione del trasferimento in via negoziale della quota** nel libro dei soci (ex art. 2470.2 c.c. nella versione vigente all'epoca), necessaria per l'efficacia nei confronti della società, è **equiparabile all'immissione nel possesso** della quota stessa. A partire da tale momento – che nella versione attuale dell'art. 2470.2 c.c. coincide con deposito e iscrizione dell'atto di trasferimento nel registro delle imprese – l'acquirente è inserito nell'organizzazione societaria in sostituzione dell'alienante, subentrando nell'unitaria situazione soggettiva che ricomprende e sintetizza i poteri e doveri imputati al socio secondo la disciplina dell'organizzazione societaria. Avvenuta l'iscrizione del trasferimento, l'acquirente entra nella condizione di esercitabilità dei poteri spettanti al socio in seno alla società, anzitutto con la partecipazione alle assemblee dei soci, in funzione dell'attività d'impresa corrispondente all'oggetto sociale.

La Cassazione dunque ritiene che la **condizione di esercitabilità, e poi di esercizio effettivo, dei poteri da socio sia sovrapponibile a quella relazione diretta di fatto tra soggetto e cosa che identifica il possesso**. Perciò rileva che l'iscrizione del trasferimento e il subentro nella condizione di esercizio, prima potenziale e poi effettivo, dei poteri integri una fattispecie di **possesso di quota sociale quale bene immateriale**, in questo caso rilevante ai sensi dell'art. 2913 c.c. (Cass. n. 7409/1986, la quale ex art. 2913 c.c. ha giudicato opponibile al creditore precedente, che aveva pignorato una quota di s.r.l., l'acquisto di tale quota da parte di una società, cui l'avevano alienata gli eredi del debitore esecutato; la vendita era stata autorizzata dal giudice, su istanza degli eredi che

avevano accettato con beneficio d'inventario l'eredità relitta dal debitore e comprensiva della quota).

4. Energia elettrica, gas, acqua.

4.1. L'esigenza di tutela possessoria si pone tipicamente quando, nell'esecuzione del contratto di somministrazione dell'energia elettrica (o del gas o dell'acqua) l'ente somministrante cessa indebitamente l'erogazione dell'energia, e l'utente intenda reagire al di fuori della dinamica contrattuale. Quando cioè, per un naturale bisogno di speditezza, l'azione possessoria venga preferita a quella con cui si fa valere l'inadempimento dell'obbligazione di fornitura dell'energia, con la deduzione in giudizio del relativo contratto. L'accoglimento della domanda di reintegrazione comporta la **condanna dell'ente a ripristinare e continuare la somministrazione** indebitamente interrotta.

Secondo una risalente giurisprudenza assai diffusa – ma da considerare superata sul piano logico-giuridico, come lucidamente spiegato da Cass. n. 9312/1993 – la tutela possessoria è concedibile a condizione che **l'interruzione del flusso di energia avvenga nella parte di impianto rientrante nella disponibilità di fatto dell'utente, e non nella rete di distribuzione esterna**. Secondo tale ricostruzione, l'utente potrebbe esercitare l'azione di reintegrazione quando – a prescindere dalla collocazione del contatore – l'atto interruttivo dell'erogazione avvenga nella parte di impianto che si trova nel luogo o nella cosa posseduti dall'utente, o comunque nel suo ambito di disponibilità (ad es. l'Enel, a fronte della morosità del contraente, fa rimuovere dai suoi dipendenti i fili posti sul muro esterno della casa di quest'ultimo).

In questa logica, il destinatario della fornitura diviene possessore dell'energia nel momento in cui la stessa gli viene consegnata; e di consegna si deve parlare solo quando l'energia viene immessa in quella parte della rete di distribuzione che rientra nella disponibilità di fatto dell'utente. Prima di pervenire nella parte di rete su cui l'utente esercita un potere di fatto nel proprio interesse, l'energia va considerata come un **flusso *in itinere* che soggiace al potere dell'ente fornitore**. Se invece l'ente erogatore interviene direttamente (e indebitamente) nella parte di rete – anche se precedente il contatore – che si trova nel luogo o nella cosa posseduti dall'utente, allora quest'ultimo può esercitare

utilmente l'azione di spoglio.

Poiché pertanto è il **criterio spaziale** a giustificare la concessione o meno della tutela – a seconda della **localizzazione del distacco dei condotti** –, ciò che rileva sul piano della tutela non è il possesso dell'energia ma dell'impianto attraverso cui l'energia viene trasmessa. Sicché anche sul piano dell'efficacia concreta il criterio in questione è insoddisfacente, perché di regola l'ente erogatore dell'energia è in grado di interromperne il flusso anche senza invadere l'ambito spaziale nella disponibilità dell'utente.

4.2. Con la sentenza n. 9312/1993 della suprema Corte – molto ben scritta – la dinamica del possesso dell'energia è stata rivista radicalmente, e nonostante la persistenza nel tempo di qualche pronuncia di merito ancorata alla tradizionale ricostruzione, si è consolidato un orientamento contrario, tuttora radicato e generalmente condiviso dai giudici di merito.

A fronte dell'indebita interruzione dell'erogazione di energia da parte dell'ente somministrante, secondo la Cassazione l'utente **non dispone più della tutela possessoria**, sicché **può agire solo sul piano contrattuale, deducendo in giudizio l'inadempimento** (Cass. n. 15626/2012; Cass. n. 24182/2004; Cass. n. 9312/1993); e ciò perché le peculiarità delle energie impediscono la configurabilità di un possesso giuridicamente rilevante ai fini della tutela ex art. 1168 c.c.

Con specifico riguardo all'energia elettrica, quantunque debba parlarsi ex art. 814 c.c. di beni mobili astrattamente suscettibili di tutela possessoria, le relative modalità di trasmissione e utilizzazione in verità ostano alla concessione di tale tutela.

Come ben chiarito dalla suprema Corte, non si può parlare concretamente di possesso dell'energia elettrica da parte dell'utente. Il possesso infatti esige una relazione con la cosa tale per cui il possessore dev'essere in grado di esercitare il potere su di essa in modo da **realizzare il proprio interesse direttamente e immediatamente, senza intermediazioni**.

Invece la disponibilità dell'energia elettrica da parte dell'utente **presuppone la continua cooperazione dell'ente somministrante**, che deve erogare l'energia continuativamente e ininterrottamente. Il somministrato dispone dell'energia se e nella misura in cui la stessa gli viene contestualmente erogata, sicché non può parlarsi di una disponibilità autonoma del bene-energia

riconducibile allo schema del possesso. Rispetto a tale bene il somministrato risulta titolare soltanto di un diritto di credito, nel quadro del sinallagma del contratto di somministrazione.

Una **situazione assimilabile al possesso ricorre soltanto al momento dell'effettiva, materiale apprensione** dell'energia da parte dell'utente, frutto dell'adempimento dell'obbligazione dell'ente somministrante. Ma è la natura dell'energia a impedire che possa parlarsi di possesso, perché **l'atto di apprensione ne comporta il contestuale consumo**. Il momento dell'apprensione dell'energia elettrica che viene erogata – e cioè il momento in cui si instaura quella relazione immediata e autonoma tra utente e cosa che connota il possesso – coincide col momento del suo consumo. E questa coincidenza contestuale, determinata dalla particolare natura dell'energia, impedisce naturalmente l'insorgenza del possesso. **Non si può possedere ciò che viene consumato nello stesso momento in cui dovrebbe concretizzarsi il possesso**, sicché non può neppure ipotizzarsi uno spoglio. Difatti dovrebbe immaginarsi lo spoglio di qualcosa che non esiste più perché consumato.

E se anche l'energia elettrica non viene consumata, ma **accumulata o immagazzinata** in certi strumenti o apparecchi (ad es. un condensatore), l'interruzione dell'erogazione non comporta alcuno spoglio. Una volta che si disponga dell'energia accumulata – cosicché dunque rispetto ad essa si instaura quella relazione immediata e autonoma che identifica il possesso – l'interruzione dell'erogazione è evidentemente irrilevante.: infatti essa **non spoglia l'utente di nulla, ma impedisce semplicemente l'insorgenza del possesso sull'energia non erogata**. Vi è dunque un possesso dell'energia accumulata, ma è un possesso irrilevante ai fini della tutela cui mira il somministrato, che col ricorso ex art. 1168 c.c. domanda la ripresa della fornitura; il *petitum* cioè ha ad oggetto un bene futuro quale l'energia da erogare. Pertanto non c'è interesse ad agire ex art. 100 c.p.c. in rapporto all'energia accumulata, e non c'è un possesso che legittimi all'azione di reintegrazione rispetto all'energia da erogare, perché in tal caso dovrebbe riconoscersi un (inammissibile) possesso di beni futuri.

4.3. La dinamica della **fornitura di gas e acqua** – in attuazione del rispettivo contratto di somministrazione con l'ente erogante – consente di regola l'applicazione delle **medesime categorie logico-giuridiche** sviluppate con riguardo all'energia elettrica.

Infatti si è correttamente osservato che, a fronte dell'indebita interruzione della fornitura, non può logicamente parlarsi di spossessamento rispetto all'**acqua già erogata o consumata**. Né se ne può parlare rispetto all'**acqua da erogare**, perché prima dell'apprensione vi è soltanto una disponibilità potenziale della stessa da parte dell'utente, e non quella relazione diretta e autonoma che sola integra la fattispecie-possesto (così per es. Trib Modena, 5.6.2015).

Energia elettrica ed acqua vengono assimilate, ai fini in esame, in un'interessante pronuncia con cui la Cassazione introduce un distinguo per il caso in cui l'**interruzione della fornitura sia ascrivibile ad un terzo**. Il tema cognitivo riguardava la responsabilità del promittente venditore di un immobile abitativo, il quale aveva indebitamente distaccato la rete elettrica e reciso le tubature idriche centrali del fabbricato oggetto di un contratto preliminare c.d. a effetti anticipati. Il promissario acquirente, a ciò legittimato in quanto detentore qualificato dell'immobile consegnatogli dalla controparte in vista del contratto definitivo, aveva esercitato l'azione di reintegrazione per conseguire il ripristino della fornitura di energia elettrica ed acqua. La suprema Corte cassò con rinvio la sentenza della corte d'appello, la quale aveva negato la tutela possessoria facendo applicazione degli indicati criteri logico-giuridici in merito all'impossibilità del possesso delle energie. Osservò che tali criteri sono validi **solo nel caso in cui lo spoglio sia ascrivibile all'ente erogatore**, ma non quando sia ascrivibile al promittente venditore. In tal caso infatti la **valenza dell'interruzione è diversa**, perché deve considerarsi **leso il possesso** (non già dell'energia e dell'acqua ma) **dell'abitazione** a servizio della quale le utenze di energia elettrica ed acqua erano state attivate (Cass. n. 15626/2012). Nel ragionamento della Cassazione dunque la **diversità dell'autore dello spoglio** – pur determinandosi comunque l'interruzione dell'erogazione – comporta una **diversa individuazione dell'oggetto del possesso**, almeno quando venga in gioco la **casa di abitazione**.

Pertanto si vede bene, ancora una volta, che la concessione della tutela possessoria in materia di energie è sostanzialmente condizionata all'individuazione di un oggetto del possesso diverso dalle energie stesse.

4.4. E' concettualmente autonoma la tutela del possesso (non già dell'acqua erogata in attuazione di un contratto di somministrazione ma) **dell'acqua fluente e sorgiva**, e comunque dell'**acqua di origine naturale** che venga convogliata da un soggetto nella sua sfera di disponibilità. Si tratta di tutela

– tipicamente concedibile nel quadro dei rapporti tra proprietari di immobili limitrofi – che riguarda sia l'**acqua sorgiva già incanalata** dal soggetto nell'impianto da lui posseduto, sia la **massa d'acqua fluente prima ancora di venir incanalata** nell'impianto.

In questi casi si riconosce il possesso dell'acqua a condizione che lo stesso si manifesti in un **potere di fatto** (corrispondente all'acquisto di un diritto reale) **autonomo, diretto e immediato sulle opere indispensabili per la derivazione e l'utilizzazione** dell'acqua. Pertanto compete l'azione di spoglio al proprietario di un fondo il quale abbia convogliato l'acqua sorgiva in una vasca collocata sul fondo stesso, qualora il proprietario di un fondo limitrofo apra un pozzo alimentato dalla stessa falda sotterranea, con conseguente riduzione della portata della sorgente; e ciò anche se le acque sotterranee defluiscano a notevole distanza dalla sorgente, perché il possesso di quest'ultima implica anche quello della falda che l'alimenta (Cass. n. 1455/2018; Cass. n. 7628/1998; Cass. n. 3943/1992; Cass. n. 9338/1987).

I passaggi concettuali della suprema Corte sul tema sono costanti e coerenti: commette uno spoglio possessorio il proprietario di un fondo che comprometta l'uso dell'acqua sorgiva da parte del proprietario del fondo limitrofo, il quale ne abbia provocato la derivazione a suo favore. Ma il **possesso dell'acqua** da parte di questi viene **tutelato solo indirettamente e di riflesso**, perché rileva primariamente il possesso delle opere necessarie per convogliare l'acqua.

5. Bande di frequenza e trasmissioni radio-televisive.

5.1. Le emittenti radio-televisive dispongono di impianti che diffondono immagini e suoni attraverso onde elettromagnetiche – dette anche onde *bertziane* – le quali vengono irradiate secondo una determinata frequenza. Tali onde cioè trasportano informazioni attraverso lo spazio atmosferico tramite determinate frequenze (o canali), e utilizzando una certa sezione dello spazio aereo consentono così la ricezione dei programmi da parte degli utenti. La ricezione diventa problematica o impossibile quando i segnali immessi sulla stessa frequenza si sovrappongono; ciò che determina l'esigenza di **ripartizione delle frequenze**

attraverso il **sistema della concessione di uso** delle stesse – sistema introdotto dalla l. 6.8.1990, n. 223 (c.d. legge Mammi) –.

Pertanto attualmente vige un articolato **regime normativo concessorio** per le trasmissioni radio-televisive, reso necessario dalla condizione di *'far west dell'etere'* seguita alla sentenza n. 202/1976 della Corte Costituzionale; la quale in tal modo determinò un regime di sostanziale liberalizzazione in merito ad installazione ed esercizio degli impianti di diffusione radiofonica e di trasmissione televisiva via etere in ambito locale.

5.2. Secondo la consolidata giurisprudenza della Cassazione, il titolare di impianto di trasmissioni radio-televisive via etere in ambito locale, il quale **utilizzi di fatto e con preuso una certa banda di frequenza**, anche senza autorizzazione amministrativa, può tutelarsi in via possessoria davanti al giudice ordinario nei confronti di **altro titolare che si trovi nella medesima condizione e interferisca sulla stessa frequenza** (per tutte, Cass. S.U. n. 4888/2019; Cass. n. 20610/2017; Cass. S.U. n. 17243/2012; Cass. S.U. n. 17465/2009). Sorge il bisogno di tutela possessoria quando sul medesimo canale già utilizzato da una certa emittente per la diffusione di programmi in una determinata zona, si produca un'interferenza causata dall'irradiazione delle trasmissioni di un'altra emittente. Accade cioè che un'emittente trasmetta un segnale la cui intensità sia tale da provocare un'interferenza sulla medesima banda di frequenza utilizzata da altra emittente, col conseguente disturbo o spoglio dell'uso della banda stessa. Compete pertanto **l'azione di reintegrazione alla prima emittente che utilizzi di fatto e con preuso il canale**, nel quale si verifichi un'interferenza tale da impedire la ricezione della trasmissione nell'ambito del bacino di utenza di riferimento.

Questo genere di contenzioso compete al giudice ordinario, perchè interessa attività commerciali svolte da imprese private in regime di concorrenza e non comporta un controllo di legittimità di provvedimenti amministrativi autorizzatori e concessori in merito all'uso delle frequenze; dunque non si verte in tema di pubblici servizi, sicchè va esclusa la giurisdizione del giudice amministrativo, sia quella generale di legittimità, sia quella esclusiva (per tutte, Cass. S.U. n. 22647/2007). Le **questioni inerenti al titolo abilitativo rilevano soltanto nei rapporti tra esercente e pubblica amministrazione**, sicchè per es. il titolare di autorizzazione provvisoria all'esercizio di impianto di radiodiffusione

in ambito locale ex art. 33 l. n. 223/1990 è legittimato ad esercitare le azioni possessorie – sulla base del semplice preuso della propria banda di frequenza – contro le interferenze provenienti da altre emittenti, anche se titolari di concessione (per tutte, Cass. S.U. n. 4888/2019).

Dunque in caso di interferenza il criterio di soluzione del conflitto è costituito dal c.d. preuso, sulla base del quale si individua l'emittente che debba conformare la sua condotta. L'accertamento del preuso di un determinato canale o frequenza richiede che **l'esercizio dell'impianto di trasmissione sia continuativo**, e va fatto prendendo in considerazione non soltanto il **dato temporale** dell'inizio delle trasmissioni, ma anche l'**ambito spaziale** nel quale le medesime possono essere ricevute (per tutte, Cass. n. 17465/2009).

L'istruzione del procedimento possessorio è tipicamente incentrata sulla consulenza tecnica d'ufficio, perché gli accertamenti circa la causa, la dinamica e la portata delle interferenze presuppongono cognizioni tecniche specialistiche; ma anche, perché l'accertamento dell'effettività del preuso comporta dei **controlli tecnici in merito all'effettivo consumo di energia elettrica dell'impianto** nel periodo considerato, e perché solo un esperto del settore può dare le **indicazioni necessarie per il dispositivo** della decisione in caso di concessione della tutela – esso infatti deve contenere l'ordine di eliminare le interferenze su una data frequenza, **diminuendo la potenza erogata in antenna e modificando puntamento e diagramma di emissione** delle antenne conformemente alle indicazioni tecniche del c.t.u. –.

Il criterio del preuso è dirimente anche quando due **emittenti utilizzino legittimamente la stessa banda di frequenza**, magari perché dai controlli del consulente risulta che con riguardo alla situazione soggettiva delle due non sono riscontrabili **difformità sostanziali rispetto alle concessioni ministeriali e alle prescrizioni normative ed amministrative** – si tratta di controlli di conformità spesso ostici e molto articolati, sicché soltanto la puntuale conoscenza tecnico-settoriale del c.t.u. (molto specializzato) garantisce una decisione affidabile –.

5.3. Quanto sia difficile concepire un possesso in senso tecnico delle onde elettromagnetiche, risulta chiaramente dalla giurisprudenza che ai fini della tutela possessoria **correla inscindibilmente le trasmissioni radio-televisive alla manifestazione del pensiero**. Tale correlazione impedisce di accordare tutela alla situazione di fatto dell'occupazione in sé della frequenza, quando la stessa non

sia oggettivamente finalizzata all'espressione del pensiero e magari riveli quale unico scopo impedire ad altri l'occupazione di quella frequenza (per tutte, Cass. n. 7553/2000; Cass. n. 4243/1991). In tal modo il preuso viene tutelato quale riconoscimento del **diritto costituzionale di libera manifestazione del pensiero**, sicchè l'occupazione di una banda di una certa banda di frequenza è giuridicamente irrilevante se non comporta un apprezzabile esercizio di tale diritto.

La casistica giurisprudenziale mostra infatti che è irrilevante per es. l'emissione di un segnale debole e del tutto inutilizzabile nella zona destinata alla copertura radio-televisiva, in quanto inidonea a determinare una programmazione effettivamente ricevibile dagli utenti. Così come è irrilevante per es. – sempre attingendo alla casistica – la trasmissione ripetitiva di due brani musicali quale attività meramente strumentale all'accaparramento della frequenza da parte di un'emittente nella sua fase iniziale di vita; senza cioè che la trasmissione sia riconducibile a manifestazione del pensiero con ideazione di programma.

Pertanto, con riguardo alle bande di frequenza il possesso giuridicamente tutelabile presenta un requisito – lucidamente definito in dottrina come **controllo di meritevolezza sull'uso del bene** – tipicamente estraneo al concetto di possesso delineato dal codice civile.

Neppure sembra sovrapponibile al possesso – che è situazione di fatto corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale – la **situazione del concessionario di uso della frequenza**, perché le sue facoltà e prerogative non sono propriamente forme di esercizio di un diritto reale. Perciò è senz'altro plausibile il rilievo interpretativo secondo cui la giurisprudenza, per ovviare a tale difficoltà dogmatica, nella sostanza ha conclusivamente ripiegato sulla **tutela possessoria degli impianti di trasmissione** (così ad es. Cass. n. 3179/1987).

In questo quadro di relativa incertezza circa lo specifico oggetto del possesso, merita una menzione quella raffinata dottrina che – seppure con riferimento alle fonti di energia – assimila la tutela possessoria accordata dalla giurisprudenza a una commedia degli equivoci, alla fine della quale il bene conclusivamente protetto è diverso da quello apparente.

6. Spazio aereo.

6.1. Secondo l'attuale e consolidato assetto giurisprudenziale (per es., Cass. n. 26633/2019; Cass. n. 9047/2012; Cass. 12258/2002; Cass. n. 13852/2001; Cass. n. 1484/1996), ai fini della tutela possessoria lo **spazio aereo non rileva quale entità incorporea a sé stante**, ma come **proiezione del possesso della superficie fisica sottostante**. Non è configurabile cioè un possesso giuridicamente rilevante con esclusivo riguardo al bene immateriale costituito dalla colonna d'aria in sé, disgiunta dall'area di cui costituisca la proiezione verso l'alto. Lo spazio aereo diventa un bene giuridicamente tutelabile sul piano possessorio solo in quanto sovrastante un'area posseduta dal soggetto bisognoso di tutela. Pertanto è certamente tutelabile il possesso con riguardo alla colonna d'aria sovrastante un certo immobile – quantunque tale spazio aereo non sia concretamente utilizzato ma comunque utilizzabile in futuro – ma solo **considerando lo spazio come ambito di esplicazione, effettiva o potenziale, di un potere legittimo o di fatto sulla superficie sottostante**. La concessione del rimedio possessorio non presuppone necessariamente l'attualità ed effettività dello sfruttamento dello spazio, rilevando infatti **tutte le possibilità di sfruttamento concretamente ipotizzabili**.

Anche in sede possessoria rileva il **limite posto dall'art. 840.2 c.c.**, secondo cui il proprietario del suolo non può opporsi ad attività di terzi che si svolgano a tale altezza nello spazio sovrastante, che egli non abbia interesse ad escluderle. Sicchè l'**ingerenza di terzi sulla colonna d'aria sovrastante il suolo posseduto** da un soggetto – frequente l'ipotesi dell'immissione di sporti –, è consentita qualora non risulti un **apprezzabile interesse** di quest'ultimo **ad escluderla**. L'accoglimento della domanda di reintegrazione o manutenzione dipende dalla sussistenza o meno di qualche concreta possibilità di utilizzazione dello spazio aereo interessato dall'ingerenza. E tale possibilità dev'essere **compatibile con le caratteristiche e la normale destinazione del suolo**, avendo riguardo non solo alla **situazione in atto del fondo**, ma anche alle sue **possibili destinazioni future**.

Pertanto – scorrendo la casistica affrontata dalla giurisprudenza cit. – non vi è lesione possessoria per il solo fatto che l'**installazione di una piccola caldaia (coi relativi tubi di alimentazione)** nella superficie esterna di un appartamento invada lo spazio aereo sovrastante il terrazzo e la tettoia di un altro appartamento. Vi è lesione soltanto se e nella misura in cui emerge un concreto interesse del possessore di quest'ultimo appartamento ad opporsi a tale, limitata

occupazione della colonna d'aria sovrastante il terrazzo.

Neppure è data tutela possessoria al possessore di un'area destinata a posto-macchina e compresa nel cortile di un complesso condominiale, per il solo fatto che un **pluviale installato a m. 3,60 di altezza** e in aderenza al muro perimetrale di un fabbricato condominiale a confine del posto-macchina, sporga in modo tale da invadere lo spazio aereo sovrastante l'area del posto-macchina. Pur sussistendo oggettivamente l'ingerenza nel possesso della colonna d'aria, manca però un apprezzabile interesse ex art. 840.2 c.c. a contrastarla, visto che in quel contesto edilizio non era ipotizzabile alcuno sfruttamento a scopo edificatorio.

6.2. La giurisprudenza di merito di regola è attestata sulla stessa linea interpretativa della Cassazione, sicchè l'accoglimento della domanda di reintegrazione o manutenzione viene fatto dipendere dalla prova di un **effettivo e concreto interesse a contrastare l'oggettiva invasione dello spazio aereo**.

La tutela in parola è stata così negata nel caso di **ampliamento di un balcone** al terzo piano di un condominio, **in misura superiore a quanto consentito** in sede assembleare dal possessore dell'appartamento sottostante; il quale ha lamentato la compromissione dello spazio aereo sovrastante il suo balcone al secondo piano, oltre che la riduzione dell'afflusso di aria e luce. L'oggettiva diversità tra misura consentita e misura effettiva dell'ampliamento era comunque così contenuta da non aver sostanzialmente compromesso né lo spazio aereo sottostante, né la portata della radiazione solare (Trib. Bolzano, 11.4.2019).

A identica soluzione si è pervenuti nel caso di **installazione del motore di un condizionatore** sul muro di confine rispetto a una corte privata, il cui possesso è stato dedotto in giudizio sotto i diversi profili dell'uso a fini di passaggio e sosta (a piedi e con vetture), dell'installazione di impianti idrici, elettrici, di utenze telefoniche, dello stillicidio di acque pluviali e dell'appoggio di materiali. Nonostante l'oggettiva invasione della colonna d'aria sovrastante la corte, l'istruzione probatoria aveva evidenziato che – in ragione sia dell'altezza cui era stato collocato il motore, sia delle dimensioni di quest'ultimo – era mancata un'effettiva compromissione delle indicate forme di esercizio del possesso; inoltre il soggetto che lamentava lo spoglio non aveva svolto alcuna allegazione in merito all'intenzione di valersi dello spazio per edificare (Trib. Salerno, 8.6.2017).

Dunque il possesso di un bene immateriale quale lo spazio aereo

incorporeo rileva giuridicamente quale riflesso del possesso del bene materiale costituito dall'immobile sottostante.

Lucio Munaro
giudice del Tribunale di Treviso