

**Regime proprietario della costruzione realizzata, su suolo comune ed in violazione dei limiti ex art. 1102 c.c., da uno solo dei comunisti: rinvio alle Sezioni Unite**

*La Seconda Sezione ha trasmesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite della questione, oggetto di contrasto, concernente il regime proprietario della costruzione realizzata, su suolo comune ed in violazione dei limiti ex art. 1102 c.c., da uno solo dei comunisti.*

**Cassazione civile, sezione seconda, ordinanza n. 9316 del 11.4.2017**

*...omissis...*

6. – Con il primo motivo di ricorso si lamenta violazione dell'art. 112 cod. proc. civ., giacché le conclusioni della comparsa di risposta



di primo grado di Cà D'Oro 3 s.r.l. non contenevano affatto l'esplicita domanda di accertamento dell'acquisto a titolo originario delle proprietà da essa richieste. Ad avviso del ricorrente, furono l'assunzione della spesa da parte della resistente e l'asserito consenso del Pizzolotto a che Cà D'Oro 3 la avesse sostenuta per intero i fatti costitutivi posti a fondamento della riconvenzionale avversaria: ma questi fatti non erano costitutivi di un acquisto a titolo originario, non rientrando tra quelli contemplati nell'art. 922 cod. civ., ma (a tutto concedere) solo di quelli a titolo derivativo.

Il secondo mezzo denuncia violazione degli artt. 934, 840, 1102 e 1121 cod. civ. Ad avviso del ricorrente, avrebbe errato la Corte d'appello a ritenere che l'aver pagato il costo delle opere darebbe diritto al comproprietario di appropriarsi *sic et simpliciter* dell'intero bene o comunque di quanto costruito. Non sarebbe possibile escludere l'applicazione alla specie del principio dell'accessione per il solo fatto che le opere sono state eseguite da un comproprietario, tanto più che non fu conclusa alcuna pattuizione scritta che legittimasse il radicale mutamento della destinazione del bene. Secondo il ricorrente, la costruzione delle unità immobiliari interrate da parte di Cà D'Oro va qualificata come appropriazione di parte della cosa comune per legittimare la quale è necessario il consenso speciale di tutti i partecipanti che, trattandosi di beni immobili, deve essere espresso in forma scritta *ad substantiam*. Dovrebbe essere riconosciuto all'altro comproprietario (non costruttore) il diritto potestativo di far proprie le opere, ovviamente *pro quota*, pagandone (se richiesto) in tal misura il costo.

Con il terzo motivo (violazione degli artt. 1117 e 840 cod. civ.) si sottolinea che non si è in presenza di un condominio, ma solo di un sedime in comproprietà indivisa fra le parti di questa causa, nel cui sottosuolo furono costruite le unità immobiliari *de quibus*. Queste non fanno parte dell'adiacente edificio condominiale, eretto in buona parte

A handwritten signature in black ink, appearing to be the initials 'An'.



fuori terra, non essendo state edificate su area "su cui posano le fondamenta dell'immobile". Che l'oggetto della rivendica di Cà d'Oro 3 non sia parte del condominio eretto in prossimità del terreno *de quo* sarebbe, ad avviso del ricorrente, un punto coperto dal giudicato interno, data la corrispondente affermazione del Tribunale mai impugnata. Gli elementi adottati dalla Corte veneta non sarebbero idonei a sostanziare una limitazione o una modificazione dell'estensione del diritto di proprietà al sottosuolo ex art. 840 cod. civ.

Il quarto motivo (difetto di motivazione; violazione dell'art. 1350 cod. civ., in relazione all'art. 360, nn. 3 e 5, cod. proc. civ.) rileva che, perché Cà D'Oro 3 divenisse proprietaria esclusiva delle opere costruite sotto il suolo era necessario che fosse costituito in suo favore, con un contratto scritto *ad substantiam*, un diritto di superficie, il quale, ex art. 955 cod. civ., può avere ad oggetto anche opere sotterranee. Occorreva, ad avviso del ricorrente, che il giudice del merito individuasse l'atto scritto con il quale le parti avevano legittimato l'appropriazione da parte di Cà D'Oro 3 della cosa comune o costituito il diritto di superficie. Ma – si osserva – nella motivazione della sentenza impugnata non sarebbe in alcun modo affermato che negli atti menzionati sia stata manifestata una volontà negoziale di costituire in capo alla resistente la proprietà delle opere del sottosuolo.

Con il quinto motivo (ulteriore violazione dell'art. 112 cod. proc. civ.) il ricorrente sostiene che la domanda della società Cà D'Oro 3 non poteva essere qualificata come autodeterminata, innanzitutto perché non fu invocato un acquisto a titolo originario, ma un acquisto a titolo derivativo (l'intesa con il Pizzolotto, il pagamento delle opere con il consenso di questo, l'accordo divisionale). Poiché nella specie si invocò un titolo derivativo (la divisione e gli altri asseriti accordi intervenuti tra le parti), non si sarebbe più nella rivendica vera e propria, ma in un'azione di natura contrattuale e personale, indissolubil-



mente legata al titolo derivativo invocato, come tale eterodeterminata. Il ricorrente addebita quindi alla Corte veneta di avere erroneamente qualificato la domanda riconvenzionale avversaria.

Con il sesto motivo (violazione degli artt. 2697 e 840 cod. civ., nonché motivazione insufficiente) si sostiene che l'onere della prova gravava sulla Cà D'Oro 3, attrice in senso sostanziale della riconvenzionale con cui si rivendicava in via esclusiva quanto costruito nel sottosuolo. Non potrebbe comportare un'inversione dell'onere della prova il fatto che Pizzolotto abbia fondato la propria pretesa sull'assunto che una cosa che sorge nel sottosuolo della superficie comune è cosa comune. Secondo il ricorrente, il mero fatto della costruzione nel sottosuolo da parte di un comproprietario del sedime non costituirebbe *ex se* in suo favore il diritto di proprietà esclusiva della nuova opera. La Corte d'appello non indicherebbe quali siano gli elementi documentali probanti, i comportamenti inequivocamente tenuti e i riconoscimenti anche documentali che invertirebbero l'onere probatorio e porrebbero sul Pizzolotto l'onere di dimostrare che il bene sito nel sottosuolo non sia comune.

Il settimo mezzo (violazione dell'art. 345 cod. proc. civ. e dell'art. 1421 cod. civ.) lamenta che la Corte di Venezia abbia ritenuto inammissibile il secondo motivo di appello, sul rilievo che si sarebbe trattato di domanda nuova mai prospettata nel precedente grado di giudizio. In realtà, la domanda, che la sentenza impugnata ha ritenuto proposta per la prima volta in appello, faceva parte delle conclusioni di citazione di primo grado del Pizzolotto, e rientrava, comunque, nella materia del contendere, anche a seguito della proposizione della riconvenzionale di rivendica dei medesimi beni proposta da Cà D'Oro 3.

L'ottavo motivo lamenta violazione degli artt. 1350 e 955 cod. civ. e 4 del regio decreto n. 499 del 1929, sottolineando che manca l'indicazione dell'atto in cui, a titolo gratuito od oneroso, il Pizzolotto



avrebbe costituito in capo a Cà D'Oro 3 s.r.l. la proprietà delle opere costruite o costruende sottoterra.

Il nono motivo (violazione dell'art. 345 cod. proc. civ. e 1421 cod. civ.) lamenta che la Corte di Venezia abbia ritenuto inammissibile il terzo motivo di appello nella parte in cui il Pizzolotto affermò che il sistema tavolare vigente a Cotina d'Ampezzo è applicabile anche alle divisioni ex art. 4 del regio decreto n. 499 del 1929, sul rilievo che si sarebbe trattato di domanda nuova mai prospettata nel precedente grado di giudizio. In realtà, ad avviso del ricorrente, era una deduzione prospettabile in appello, visto che il regime tavolare è un regime di pubblicità costitutiva, le cui norme non sono derogabili dalle parti e la cui violazione comporta la nullità degli atti fatti in spregio ad esse. Non si tratterebbe di domanda nuova, ma semmai solo di un'eccezione che non immutava in alcun modo i fatti costitutivi delle domande proposte.

Con il decimo motivo (violazione degli artt. 345 cod. proc. civ. e 1421 cod. civ.) si censura la dichiarazione di inammissibilità del quarto motivo di appello (con cui l'appellante si è doluto della erroneità della sentenza del Tribunale per violazione dell'art. 5 del regio decreto n. 499 del 1929, in quanto il Pizzolotto, in caso di acquisto a titolo originario, assumerebbe la qualifica di terzo rispetto al fatto giuridico ed allora sarebbero applicabili le regole del regime tavolare proprie di tale tipo di acquisto). Ad avviso del ricorrente, quanto dedotto sul punto dal Pizzolotto non comportò affatto la proposizione di una domanda nuova, ma solo la prospettazione di una difesa di fronte all'asserito acquisto a titolo originario fatto da Cà D'Oro 3 s.r.l.

L'undicesimo motivo (violazione dell'art. 5 del regio decreto n. 499 del 1929) sostiene che Pizzolotto è il terzo cui fa riferimento l'art. 5 cit.; che il conflitto verte tra il Pizzolotto, che iscrisse per primo il suo diritto sul sedime e sul sottosuolo, e Cà D'Oro 3 s.r.l., che pre-



tende di intavolare un acquisto che, al pari dell'usucapione, si pretende essere a titolo originario; che la malafede è quella di Cà D'Oro 3, che pretende di avere acquistato a titolo originario in danno del diritto legittimamente intavolato dal Pizzolotto.

Il dodicesimo motivo denuncia, in relazione al quinto motivo di appello, ulteriore violazione dell'art. 345 cod. proc. civ., rilevando che è la stessa sentenza impugnata a dare atto che la richiesta di delega al notaio delle formalità conseguenti alla emissione della sentenza non faceva parte delle conclusioni sottoposte da Cà D'Oro 3 s.r.l. al Tribunale di Belluno e fu formulata in un atto (a pag. 9 della memoria di replica ex art. 190 cod. proc. civ.) al quale il Pizzolotto non era in grado di rispondere.

7. – Entrambe le parti hanno depositato memorie illustrative in prossimità dell'udienza.

#### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

1. – In ordine al secondo motivo di ricorso, va premesso che la Corte d'appello – nel confermare la statuizione con cui il Tribunale ha riconosciuto in capo alla committente Cà D'Oro 3, che ha pagato il corrispettivo della realizzazione di quanto realizzato nel sottosuolo del terreno in comunione ordinaria, l'acquisto a titolo originario della proprietà esclusiva dei locali ai piani primo e secondo interrato – ha fatto applicazione del principio secondo cui alle costruzioni eseguite da uno dei comproprietari su terreno comune non si applica la disciplina sull'accessione contenuta nell'art. 934 cod. civ., che si riferisce solo alle costruzioni su terreno altrui, ma quella in materia di comunione, con la conseguenza che la comproprietà della nuova costruzione opera a favore dei condomini non costruttori solo se essa sia realizzata in conformità di detta disciplina, cioè con il rispetto delle norme sui limiti del comproprietario all'uso delle cose comuni, le opere abusivamente create non potendo considerarsi beni condominiali per accessione.



2. – Il motivo di ricorso consente di evidenziare un contrasto dia-cronico nella giurisprudenza di questa Corte.

2.1. – Un primo orientamento sottolinea che per il principio dell'accessione (art. 934 cod. civ.) la costruzione su suolo comune è anch'essa comune, mano a mano che si innalza, salvo contrario ac-cordo scritto, *ad substantiam* (art. 1350 cod. civ.); pertanto, per l'at-tribuzione, in proprietà esclusiva, ai contitolari dell'area comune, dei singoli piani che compongono la costruzione, sono inidonei sia il corri-spondente possesso esclusivo del piano, sia il relativo accordo verba-le, sia il proporzionale diverso contributo alle spese (Cass., Sez. II, 11 novembre 1997, n. 11120).

In quest'ordine di idee, si è affermato che:

- la costruzione eseguita su area in comproprietà da parte di uno dei condomini ricade in comunione *pro indiviso* a favore di tutti i comproprietari secondo quote ideali proporzionate alle quote di proprietà dell'area stessa, salvo che non si sia costituito nei modi e nelle forme di legge un altro diritto reale a favore del costruttore-condomino (Cass., Sez. I, 12 maggio 1973, n. 1297);
- la costruzione eseguita dal comproprietario, sul suolo comune, diviene, per accessione, di proprietà comune agli altri compro-prietari del suolo, restando esclusa l'applicabilità degli artt. 936 e ss. cod. civ., che riguardano la diversa ipotesi di opere ese-guite da un terzo (Cass., Sez. II, 11 luglio 1978, n. 3479);
- il principio dell'accessione di cui all'art 934 cod. civ. implica che, quando il suolo è comune, ricada nella comunione anche l'edificio costruito su di esso, tranne che i comproprietari del suolo medesimo abbiano provveduto con atto scritto alla de-terminazione reciproca del loro diritto sulle singole porzioni del costruendo edificio, destinato a diventare, a costruzione ultima-



ta, di rispettiva proprietà esclusiva (Cass., Sez. II, 10 novembre 1980, n. 6034).

2.2. – Un altro e più recente orientamento ha invece affermato che la disciplina sull'accessione, contenuta nell'art. 934 cod. civ., si riferisce solo alle costruzioni su terreno altrui: alle costruzioni eseguite da uno dei comproprietari su terreno comune non si applica tale disciplina, ma quella in materia di comunione, con la conseguenza che la comproprietà della nuova opera sorge a favore dei condomini non costruttori solo se essa sia stata realizzata in conformità di detta disciplina, cioè con il rispetto delle norme sui limiti del comproprietario all'uso delle cose comuni, cosicché le opere abusivamente create non possono considerarsi beni condominiali per accessione ma vanno considerate appartenenti al comproprietario costruttore e rientranti nella sua esclusiva sfera giuridica (Cass., Sez. II, 22 marzo 2001, n. 4120; Cass., Sez. II, 27 marzo 2007, n. 7523).

3. – Ritene il Collegio che il più recente orientamento – che non è rimasto esente da critiche sollevate in dottrina – meriti di essere rimeditato nella sua portata, destando perplessità che l'edificazione sull'area comune da parte di uno solo dei comunisti in violazione degli artt. 1102 e ss. cod. civ., riceva il beneficio dell'assegnazione della proprietà esclusiva della costruzione, difficilmente inquadrabile in uno dei modi di acquisto stabiliti dall'art. 922 cod. civ.

Si tratterebbe semmai di tracciare una linea interpretativa in grado di coniugare la disciplina dell'accessione e della comunione, facendo convivere l'espansione oggettiva della comproprietà in caso di *inaedificatio* ad opera di uno dei comunisti (salvo che non si sia costituito nei modi e nelle forme di legge un altro diritto reale a favore del comproprietario costruttore) con la facoltà del comproprietario non costruttore di pretendere la demolizione della costruzione quando sia



stata realizzata dall'altro comunista in violazione dei limiti posti dall'art. 1102 cod. civ. al godimento della cosa comune.

4. – Poiché la questione della sorte della costruzione realizzata su un fondo in comunione ordinaria tra il costruttore e un terzo e, in quest'ambito, dei modi attraverso i quali può riconoscersi in favore del comproprietario costruttore la proprietà esclusiva del manufatto edificato sul suolo comune, intercetta orientamenti giurisprudenziali non convergenti ed investe un tema di notevole impatto pratico anche sotto il profilo della circolazione della proprietà immobiliare, il Collegio ritiene opportuno rimettere gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite.

**P.Q.M.**

La Corte dispone la trasmissione degli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Seconda Sezione civile, il 21 marzo 2017.

Il Presidente

Il Funzionario Giudiziario  
Valeria NERI

DEPOSITATO IN CANCELLERIA

Roma, 11 APR. 2017

Il Funzionario Giudiziario  
Valeria NERI