

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI
“FEDERICO II”



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA

IN

“DIRITTO DELLE PERSONE, DELLE IMPRESE E DEI MERCATI”

XXXIV° CICLO

TESI

ACCESSIONE E COMUNIONE ORDINARIA: LA POSIZIONE DEL COMUNISTA

Coordinatore:
Chiar.mo Prof. Massimo Miola

Tutor:
Chiar.mo Prof. Rolando Quadri

Candidato:
Dott. Vincenzo Iorio

ANNO ACCADEMICO 2021-2022

Capitolo I - IL PROBLEMA E LA SUA IMPOSTAZIONE GIURISPRUDENZIALE E DOTTRINALE NEL TEMPO.

1. Il problema della sorte giuridica delle opere eseguite da un solo comunista su suolo in comproprietà con altri.....p. 4
2. Le riflessioni della giurisprudenza e della dottrina in senso ostativo all'operatività dell'accessione nelle ipotesi di edificazione compiuta da un solo comunista su suolo in comunione.....p. 8
3. Segue. L'orientamento favorevole all'operatività del principio generale dell'accessione (art. 934 c.c.) in favore dei comproprietari del suolo.....p. 45

Capitolo II – PROSPETTIVE DI DISCIPLINA DELLA COMPROPRIETA' NELL'OTTICA DELLA POSIZIONE DELLE PARTI.

1. La comproprietà quale situazione giuridica soggettiva complessa.....p. 63
2. Il comproprietario come terzo.....p. 71
3. La destinazione economica e i limiti all'uso paritetico della cosa comune come riprova della condizione di terzietà reciproca dei comunisti (art. 1102 c.c.).....p. 80
4. Le fattispecie rappresentative dell'autonomia e dell'indipendenza reciproca della posizione dei comunisti: la disponibilità *pro quota* del diritto di comproprietà (art. 1103 c.c.).....p. 93
 - 4.1. La compravendita *pro quota* del diritto di comproprietà.....p. 102
 - 4.2. La rinuncia al diritto di comproprietà (art. 1104 c.c.).....p. 119
 - 4.3. La disponibilità *pro quota* del diritto di comproprietà fra comunisti.....p. 122
5. Segue. La disciplina degli atti di straordinaria amministrazione della cosa comune (artt. 1108 e 1120 c.c.).....p. 126

Capitolo III – OPERATIVITA' DELL'ACCESSIONE E POSIZIONE DELLE PARTI.

1. Le origini dell'accessione: dalle molteplici fattispecie di accessione del diritto romano all'unitario diritto di accessione del <i>Code Napoléon</i>	p. 130
2. L'accessione tra il codice civile italiano del 1865 e quello del 1942.....	p. 134
3. L'accessione come fattispecie complessa: l'incorporazione di materiali altrui e la comproprietà del suolo.....	p. 141
3.1. L'effetto legale: l'acquisto della comproprietà a titolo originario.....	p. 144
4. L'irrilevanza dell'alterità soggettiva tra <i>dominus soli</i> e autore dell'incorporazione ai fini dell'operatività dell'accessione.....	p. 152
5. L'accessione compiuta dal terzo con materiali propri (art. 936 c.c.).....	p. 153
6. L'accessione eseguita dal terzo con materiali altrui (art. 937 c.c.).....	p. 155
7. La nozione di "terzo" di cui agli artt. 936 e 937 c.c.....	p. 157

Capitolo IV – DELINEAZIONE DI UN COERENTE PERCORSO ESEGETICO TRA DISCIPLINA DELL'ACCESSIONE E DELLA COMUNIONE.

1. Le riflessioni della dottrina e della giurisprudenza in senso ostativo all'applicabilità dell'art. 936 c.c. alla costruzione eseguita da un comunista su bene in comune con altri: la mancanza di una linea interpretativa in grado di coniugare la disciplina dell'accessione (artt. 936 e 937 c.c.) e della comunione (artt. 1102, 1108 e 1120 c.c.).....	p. 168
2. Segue. Ammissibilità della diretta ed immediata applicazione degli artt. 936 e 937 c.c.: il comunista autore dell'opera o della piantagione come "terzo".....	p. 180
3. Lo <i>ius tollendi</i> dei comunisti non costruttori.....	p. 187
4. Il diritto di ritenzione dei comproprietari del suolo e le indennità dovute al proprietario dei materiali.....	p. 197
5. Una possibile linea esegetica in grado di coniugare la disciplina dell'accessione (artt. 936 e 937 c.c.) con quella della comunione (artt. 1102, 1108 e 1120 c.c.).....	p. 200
Bibliografia	p. 215

Capitolo I

IL PROBLEMA E LA SUA IMPOSTAZIONE GIURISPRUDENZIALE E DOTTRINALE NEL TEMPO.

1. Il problema della sorte giuridica delle opere eseguite da un solo comunista su suolo in comproprietà con altri.

Il legislatore¹, con riferimento alle costruzioni o, più in generale, alle addizioni compiute da un solo comunista o comunque da alcuni di essi sulla cosa comune, nel fissare la disciplina della comunione e dell'accessione, si è limitato a fissare i requisiti di legittimità delle stesse, omettendo di specificare, almeno espressamente, la relativa sorte dominicale.

A ben vedere, quindi, l'interprete è stato onerato del compito di individuare il regime dominicale delle addizioni (opere o piantagioni) eseguite da un solo comunista o da alcuni di essi su suolo in comunione *pro indiviso* con altri, trattandosi di operazione esegetica complessa e delicata che, ai fini di una efficace risoluzione, inevitabilmente necessita di un'analisi ponderata del regime dell'accessione (*ex artt. 934 ss. c.c.*) e della comunione (*ex artt. 1100 ss. c.c.*)².

A riprova, in effetti, di quanto da ultimo considerato, pare esserci l'avvicinarsi, nel corso degli anni, di soluzioni interpretative diverse nel tempo. Peraltro, le fattispecie concrete sottoposte al vaglio della letteratura e della giurisprudenza sono state molteplici ed eterogenee e, quindi, arduo è stato lo sforzo degli interpreti di ricondurle ad unità sotto una specifica fattispecie normativa³.

¹ Cfr. gli artt. 1108, 1120 e 1121 c.c., nonché gli artt. 934 ss. c.c., dettati in materia di innovazioni e accessioni, che non fanno alcun espresso riferimento all'ipotesi delle addizioni eseguite da un solo comunista su un fondo in comune con altri.

² Come già è stato osservato (M. BASILE, *Osservazioni in tema di rapporti fra accessione e comunione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, p. 1300) “i riflessi delle oscillazioni riscontrate nella letteratura giuridica in ordine alla soluzione di questo problema – si allude al rapporto tra accessione e comunione – si sono prodotti nella elaborazione giurisprudenziale meno recente conducendo a decisioni contrastanti, finché con la legislazione vigente la tesi dell'incompatibilità fra l'accessione e la comunione non si è decisamente affermata”.

³ Precisamente, gli interpreti rispondevano alla problematica ora annoverandola nel campo dell'accessione ed altre volte in quello della comunione e/o del condominio negli edifici.

In effetti, l'impostazione *ab origine* della questione, in breve torno di tempo, ha avuto un repentino cambiamento di rotta.

In particolare, seppur per un breve arco temporale, si è diffusa l'opinione nel senso che le costruzioni od opere eseguite da alcuni comunisti soltanto su suolo in comproprietà con altri senza il consenso di questi ricadessero nella titolarità di tutti comunisti del suolo in forza del principio dell'accessione.

Siffatto orientamento, seppur in apparenza appagante in quanto risolutivo di una problematica delicata e complessa sotto vari aspetti, però, non fu mai pienamente condiviso nella cultura giuridica e nelle aule giudiziarie dell'epoca⁴.

Di lì a poco, infatti, si susseguirono delle pronunce contrarie alla diretta ed immediata applicabilità del meccanismo acquisitivo dell'accessione nell'ipotesi di innovazione eseguita su suolo comune, al contempo, però, non ripudiandolo del tutto⁵.

In altri termini, da un lato, si avvertiva una impressione di fondo favorevole a risolvere la problematica ricorrendo al principio dell'accessione, ma, dall'altro, non vi era ancora completa consapevolezza che il principio dell'accessione potesse trovare attuazione anche nel campo della comunione.

Così, l'orientamento nel senso della diretta ed immediata applicabilità del principio dell'accessione al caso di specie iniziò a perdere gradualmente spazio nel corso degli anni e finì poi per essere messo definitivamente in discussione, pure, al contempo, non scomparendo del tutto.

Di conseguenza, per la prima volta, sul finire degli anni ottanta si giunse espressamente ad affermare l'inapplicabilità del principio dell'accessione in materia condominiale⁶.

Da siffatta svolta in poi furono gettate le basi per sostenere che, nell'ipotesi di costruzione eseguita in tutto o in parte soltanto da alcuni comunisti su suolo in comproprietà con altri, le normative dettate in materia di accessione (artt. 934 – 938 c.c.) non possano trovare alcuna applicazione:

⁴ Cfr. *infra*, par. 2, spec. nota 8.

⁵ Cfr. *infra*, par. 2, spec. nota 27.

⁶ Cfr. *infra*, par. 2.

nell'ipotesi di costruzione eseguita, in tutto o in parte, su un fondo comune al costruttore con altri, andrebbe applicata la disciplina dettata in materia di comunione (artt. 1100 ss. c.c.), con la conseguenza che, sotto il profilo dominicale, la comproprietà della nuova opera spetterebbe ai comunisti non costruttori soltanto se ed in quanto la nuova opera fosse stata realizzata in conformità alla predetta normativa e, precisamente, nel rispetto delle norme sui limiti all'uso della cosa comune, sulle innovazioni ecc.

In altri termini, il rapporto tra accessione e comunione iniziò ad essere avvertito, con maggiore consapevolezza, come un vero e proprio problema⁷.

Il tentativo di risolvere la questione ricorrendo ora alla disciplina della comunione a discapito di quella dell'accessione e viceversa, inoltre, non era scevro da notevoli risvolti pratici.

Secondo i più fedeli seguaci del principio dell'accessione, l'opera eseguita da un solo comunista su suolo in comune con altri sarebbe di contitolarità a tutti i comunisti del suolo in proporzione al valore astratto della quota di ognuno e sin dal suo inizio a mano a mano che questa proceda, in virtù del meccanismo acquisitivo dell'accessione secondo cui il *dominus soli* acquisterebbe immediatamente (*ope legis*) la titolarità di tutto ciò che esiste sopra o sotto lo stesso.

Secondo i paladini della tesi della comunione, viceversa, l'innovazione sarebbe di esclusiva titolarità del comunista costruttore, in virtù del criterio di prevalenza delle norme della comunione, nello specifico gli artt. 1102, 1108, 1120 e 1121 c.c., su quelle dell'accessione, estendendosi il dominio della stessa in favore dei comunisti non costruttori soltanto se ed in quanto essa sia stata realizzata nel rispetto della disciplina sui limiti all'uso del comproprietario delle cose comuni.

A riprova di un elevato indice di percezione e diffusione della problematica vi sarebbe, tra l'altro, l'elevata quantità di casi concreti necessariamente devoluti all'attenzione dei giudici di legittimità.

⁷ Basti pensare, in riferimento al profilo della circolazione dei beni sul mercato, alla problematica dell'individuazione del soggetto legittimato a compiere atti di alienazione e di straordinaria amministrazione aventi ad oggetto le innovazioni eseguite soltanto da un comunista (o da un gruppetto di essi) su suolo comune con altri.

Ad ogni buon conto, per un ampio arco temporale, lo scenario giurisprudenziale e dottrinale è risultato consolidarsi a favore della netta predominanza della disciplina della comunione a discapito di quella dell'accessione.

Conseguentemente, il diffuso convincimento nel senso della prevalenza della normativa della comunione su quella dell'accessione ha finito per erigersi a vero e proprio dogma giuridico, non avvertendosi più nell'aria quel senso di incertezza in merito alla sorte dell'innovazione eseguita da un solo comunista su suolo comune con altri.

In realtà, sullo sfondo di suddetto scenario, la soluzione nel senso della prevalenza della disciplina della comunione a discapito dell'accessione non è risultata mai del tutto appagante per l'avvenire, in quanto la questione non è stata mai esaurientemente affrontata e, pertanto, definitivamente risolta, essendo la stessa, nel corso del tempo, soltanto stata, per così dire, arginata.

Non a caso, in effetti, la problematica è stata nuovamente oggetto di rimeditazione da parte della Corte di Cassazione⁸, la quale non ha esitato a ribadire che “la costruzione eseguita dal comproprietario sul suolo comune diviene per accessione, ai sensi dell'art. 934 c.c., di proprietà comune agli altri comproprietari del suolo, salvo contrario accordo, traslativo della proprietà del suolo o costitutivo di un diritto reale su di esso, che deve rivestire la forma scritta”.

⁸ Il riferimento è all'ordinanza interlocutoria dell'11 aprile 2017, n. 9316 il cui testo è reperibile in *Riv. giur. ed.*, 2017, II, p. 361 ss., con la quale la Seconda sezione civile ha disposto la trasmissione degli atti al Primo Presidente della Corte di Cassazione “per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, ai fini della soluzione del contrasto giurisprudenziale in ordine alla attribuzione della proprietà della costruzione realizzata su un fondo in comunione ordinaria tra il costruttore ed il terzo e, in quest'ambito, ai fini della determinazione di un principio di diritto che realizzi un contemperamento tra l'espansione oggettiva della comproprietà in caso di inaedificatio ad opera di uno dei comunisti e la facoltà del comproprietario non costruttore di pretendere la demolizione della costruzione qualora questa sia stata realizzata dall'altro comunista in violazione dei limiti posti dall'art. 1102 c.c. al godimento della cosa comune” nonché alla seguente Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, in *Foro it.*, 2018, I, c. 1200 con nota di C. BONA, *Accessione, comunione e Verwirkung*, c. 1214 ss. La pronuncia da ultimo richiamata è reperibile anche in *Riv. notariato*, 2018, III, p. 589; in *Giur. it.*, 2018, p. 2349, con nota di C. CICERO, *L'accessione della costruzione eseguita dal comproprietario sul suolo comune*, p. 2351; in *il Sole 24 ore, Guida al diritto*, 2018, n. 12, p. 42 con commento di M. PISELLI, *Se lo “ius tollendi” non viene esercitato scatta diritto di credito*, p. 52 ss.; in *Studium iuris, Novità Giurisprudenziali*, 2018, p. 908, con sintesi delle motivazioni a cura di A. PEPE, p. 908; in *Notariato*, 2018, III, p. 287, con nota di N. A. CIMMINO, *Immobile edificato su suolo comune da uno solo dei comproprietari*, p. 294; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, VI, Parte Prima, p. 854 con nota di L. TORMEN, *Accessione e alterità soggettiva tra proprietario e costruttore: il chiarimento delle Sezioni Unite*, p. 847; in *Dir. fam. e pers.*, II, 2018, p. 466; in *Giur. it.*, 2019, p. 300 con nota di G. ZANCHI, *Altruità del bene e applicabilità della disciplina sull'accessione*, p. 300; in *Corr. giur.*, 2019, II, p. 191 con nota di V. CARBONE, *Per le Sezioni Unite l'accessione si applica anche al suolo comune*, p. 197.

2. Le riflessioni della giurisprudenza e della dottrina in senso ostativo all'operatività dell'accessione nelle ipotesi di edificazione compiuta da un solo comunista su suolo in comunione.

Al riguardo, pare il caso di sottolineare come il convincimento secondo cui le addizioni eseguite da un solo comunista senza il consenso degli altri su suolo in comproprietà siano di contitolarità a tutti comunisti del suolo in virtù dell'operare del principio dell'accessione abbia costituito una breve parentesi, che soltanto di recente sembrerebbe essersi riaperta⁹.

L'evoluzione della giurisprudenza formatasi sul punto testimonierebbe quanto da ultimo considerato.

La Suprema Corte¹⁰, come dianzi anticipato, infatti, pervenne, per la prima volta¹¹, significativamente alla conclusione nel senso dell'inapplicabilità del principio dell'accessione in materia condominiale sul finire degli anni ottanta.

⁹ L'andamento della produzione dottrinale sembrerebbe rispecchiare quanto asserito nel testo: solo a seguito del richiamato intervento della Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., in effetti, si è avuto un incremento di pubblicazioni sull'argomento. Sino a tale momento, in effetti, raramente la tematica aveva attirato l'attenzione della letteratura (M. BASILE, *op. loc. cit.*), forse perché l'idea che la disciplina della comunione fosse da prediligere a discapito di quella dell'accessione ricorreva nelle aule giudiziarie.

¹⁰ Il riferimento è a Cass., 27 agosto 1986, n. 5242, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Proprietà*, c. 2589, n. 35 (il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito www.dejure.giuffrè.it).

¹¹ In realtà, in passato già vi furono pronunce giurisprudenziali nel senso dell'inapplicabilità dell'art. 936 c.c. non solo nell'ipotesi di opera eseguita dal comproprietario su suolo comune, ma anche nel caso inverso in cui l'opera abbia l'effetto di attrarre l'area di proprietà esclusiva di un soggetto nell'area condominiale, di cui quel soggetto sia anch'egli comproprietario, così come nell'ipotesi di una costruzione eseguita dal condomino nella proprietà esclusiva di un altro condomino. In altri termini, in tutti i casi nei quali tra costruttore e proprietario del fondo che subisce la costruzione vi sia un rapporto condominiale o sorga il predetto rapporto ad opera della costruzione stessa, la giurisprudenza aveva già avuto occasione di pronunciarsi nel senso dell'inapplicabilità della disciplina dell'accessione. Cfr., al riguardo, Cass., 27 agosto 1985, n. 4569, reperibile su www.dejure.giuffrè.it, dalla cui massima si evince chiaramente che "la disciplina dell'art. 938 c.c. (sulla cosiddetta accessione invertita) trova applicazione nell'ipotesi in cui la costruzione dell'edificio abbia comportato l'occupazione in buona fede della porzione di un fondo attiguo di proprietà di altri, non anche nell'ipotesi in cui lo sconfinamento investa un fondo comune del costruttore e di terzi, nel qual caso va applicata la disciplina in tema di comunione, ed in specie la norma sui limiti dell'uso della cosa comune (art. 1102 c.c.), la quale è violata allorché uno dei comunisti attragga nella propria esclusiva sfera giuridica il bene comune e parte di esso". V. pure Cass., 21 ottobre 1981, n. 5511, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 52, con nota adesiva di E. ALVINO, *Inapplicabilità delle norme sull'accessione ai rapporti condominiali ed improponibilità dell'azione di garanzia in regime di liquidazione coatta amministrativa*, p. 58, il quale giunse alla conclusione che "il solo fatto, pertanto, di essere un condomino vale a ritenere l'esclusione dell'accessione e ad assoggettare il rapporto alle norme dettate in particolare dalla disciplina normativa del condominio". Secondo l'a., "ne deriva che se l'opera viene compiuta su cosa comune deve farsi applicazione delle norme di cui agli art. 1120, 1121 e 1122 c.c." e pertanto "le conseguenze cui si va incontro con tale principio sono ben ovvie...il proprietario su cui cade l'opera non può farne ritenzione (sia condominio che condomino) ma può, sempre, senza i limiti di cui all'ultimo comma dell'art. 936 cit. chiederne la rimozione". Infine, l'a., afferma che "non può escludersi però che ove vi sia la maggioranza prescritta dal comma 5 dell'art. 1136 c.c. in riferimento all'art. 1120 comma 2, il condomino che abbia eseguito con suoi materiali sulla cosa comune un'innovazione pertanto consentita, possa destinarla a beneficio del condominio che in questo caso sarà tenuto a rimborsarne il corrispettivo nei limiti di cui al comma 2 dell'art. 936: ipotesi questa ben rara in pratica in quanto le innovazioni vanno deliberate dall'assemblea dei

È significativo, fin da subito, osservare come già il giudice di seconde cure respinse la richiesta della convenuta ritenendo infondata la sua deduzione circa la nullità del giudizio di primo grado per mancata integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri condomini dello stabile, rilevando che “il singolo condomino è legittimato ad esercitare anche da solo le azioni intese alla tutela

condomini, e quindi da questa fatte eseguire a spese degli interessati”. La pronuncia del giudice di legittimità annotata dal citato a., ai fini della risoluzione della problematica in esame, sembrerebbe essere significativa in quanto confinava l’inapplicabilità della disciplina dell’accessione facendo specifico riferimento all’art. 936 c.c. e non in generale al principio dell’accessione. Il giudice di legittimità, nel confermare la pronuncia della Corte di Appello di Napoli, diede risoluzione alla questione sorta in merito alla sorte delle opere che avevano avuto l’effetto di attrarre l’area di proprietà esclusiva dei controricorrenti nell’area condominiale di cui gli stessi sarebbero stati comproprietari, nel senso della condanna alla restituzione dei mq di cantinati sottratti ai controricorrenti, all’eliminazione della caldaia dell’impianto di riscaldamento centrale ed dei relativi tubi insistenti negli spazi usurpati, alla demolizione dei blocchi di muratura costituenti i primi sette gradini e sistemati nel viale comune per l’accesso ai due androni, affermando l’inapplicabilità dell’articolo 936 c.c. al caso di specie; l’operatività della normativa da ultimo richiamata sarebbe stata nociva per i controricorrenti, in quanto essendo decorsi vari anni dalla data della esecuzione delle opere condominiali su parti del fabbricato di proprietà esclusiva dei controricorrenti, ai sensi dell’art. 936 c.c., essi sarebbero decaduti dal diritto di chiedere la rimozione delle stesse; in altri termini, al fine di un migliore soddisfacimento degli interessi dei controricorrenti, il giudice di legittimità è giunto alla conclusione nel senso dell’operatività dell’art. 936 c.c. in tal modo potendosi ottenere la riduzione in pristino senza alcuna limitazione temporale. Significativo è che il medesimo giudice di legittimità osservava che “il problema resta, dunque, circoscritto nei termini in cui è stato impostato dalla corte d’appello: se, cioè, la regola, più volte affermata da questa Corte, secondo la quale l’applicabilità dell’art. 936 c.c. è esclusa nell’ipotesi di opera compiuta dal comproprietario su suolo comune (non trattandosi di opera eseguita da un “terzo”), possa adottarsi nella ipotesi – in un certo senso uguale e contraria (come bene si precisa nella sentenza impugnata – in cui l’opera abbia l’effetto di attrarre l’area di proprietà esclusiva di un soggetto nella zona condominiale di cui quel soggetto sia anch’egli comproprietario”. Secondo il giudice di legittimità, la normativa contenuta nell’art. 936 c.c., che ha carattere generale, “non trova applicazione in tutte le ipotesi rispetto alle quali, attesa la preesistenza di rapporti giuridici fra il proprietario del fondo e colui che vi esegue la costruzione, la legge predispone una disciplina particolare”, essendo “questo principio...alla base della giurisprudenza che esclude l’applicazione dell’art. 936 c.c. nel caso di costruzione eseguita dal condomino sul suolo comune” valevole “anche nell’ipotesi inversa di costruzione eseguita dal condomino sulla proprietà esclusiva di un altro condomino, perché alla base di entrambe le ipotesi c’è un rapporto regolato dalle norme sul condominio, in virtù delle quali non solo sono disciplinate le parti comuni ed il godimento di esse, con i correlativi oneri, da parte di ciascun partecipante al condominio, ma sono anche posti i limiti tra proprietà esclusive e proprietà comune, che ciascuno di tali partecipanti è tenuto a rispettare – indipendentemente e prima che per la disciplina generale del diritto di proprietà- in virtù del particolare regime giuridico costituito dalle norme sul condominio, applicabile quando nello stesso edificio vi siano unità immobiliari di proprietà esclusiva e parti comuni, dirette al miglior godimento delle prime”. Pertanto, essendovi “anche nella ipotesi considerata nella sentenza impugnata, la esistenza di un legame giuridico dei soggetti nell’ambito di un rapporto particolare (rapporto di condominio), assoggettato ad una particolare disciplina normativa, in virtù della quale quei soggetti non possono considerarsi “terzi”, fra loro e, quindi, non soggiacciono alla disciplina generale dell’art. 936 c.c., il cui presupposto, come si è detto, è la mancanza di preesistenti e particolari rapporti giuridici tra il proprietario del fondo e colui che, vi esegue la costruzione ...(*omissis*)” il giudice di legittimità è giunto alla rimozione delle predette opere dichiarando l’inapplicabilità della disciplina di cui all’art. 936 c.c.. V., inoltre, Cass., 11 luglio 1978, n. 3479, reperibile anche su www.dejure.giuffrè.it, secondo cui “la costruzione eseguita dal comproprietario sul suolo comune diviene per accessione (art. 934 c.c.) di proprietà comune agli altri comproprietari del suolo, restando esclusa l’applicabilità dell’art. 936 c.c., che riguarda la diversa ipotesi di opere eseguite da un terzo”. Denominatore comune alle pronunce richiamate è che l’inapplicabilità della disciplina dell’accessione sembrerebbe essere confinato alla normativa di cui all’art. 936 c.c., piuttosto che al principio generale dell’accessione. Infatti, come è già stato acutamente osservato (M. BASILE, *op. cit.*, p. 1299, nt. 8), “ancora una volta...le esigenze pratiche hanno fatto sentire il loro peso così che spesso la giurisprudenza è stata indotta a delle soluzioni in cui pur ribadendosi l’inapplicabilità degli artt. 936 e 938 all’ipotesi di opere effettuate da un comunista sul fondo comune, si afferma tuttavia che in tal caso resta applicabile il principio dell’accessione”.

del bene comune e che le opere abusivamente create non potevano considerarsi beni condominiali, non potendo nemmeno applicarsi alla fattispecie, non essendo i condomini terzi tra loro, la disciplina dell'accessione”.

Pertanto, la Corte giunse a dichiarare i primi due motivi di gravame, che tra l'altro investivano la sentenza non definitiva di appello, assolutamente infondati affermando espressamente in motivazione che la domanda degli attori, e conseguentemente la pronuncia di merito che l'aveva accolta, “non era affatto intesa alla demolizione o ad alcun intervento materiale su beni od opere comuni sibbene alla eliminazione di quelle opere che sul bene comune, cioè sulla parte di terrazzo condominiale, era stata illegittimamente creata: tali nuove opere non sono divenute affatto condominiali per accessione, in quanto il principio dell'accessione non è affatto applicabile in materia condominiale”. Secondo il giudice, “le disposizioni dettate dall'art. 936 codice civile, per le opere fatte da un terzo con materiali propri su fondo altrui, non trovano applicazione riguardo ai soggetti che siano legati da preesistenti rapporti giuridici sottoposti a specifica disciplina normativa, sì da non poter essere considerati reciprocamente come terzi: pertanto, in materia di condominio negli edifici, deve escludersi l'operatività della citata norma nel caso di costruzione eseguita dal condomino sul bene comune e la comproprietà della nuova opera sorge a favore dei condomini dell'edificio solo ove essa venga creata in conformità della disciplina del condominio, cioè secondo le norme sulle innovazioni, sulla sopraelevazione ecc.”. D'altra parte, continua la sentenza, “è noto che ciascuno condomino può agire, a tutela dei diritti condominiali sulle parti comuni, contro le lesioni dei beni comuni compiute da altro condomino o da estranei al condominio, senza necessità di integrare il contraddittorio nei confronti degli altri condomini”.

Ai fini della risoluzione della tematica in esame, sin da ora giova osservare come il giudice di legittimità richiamato, affermando espressamente che “tali nuove opere non sono divenute affatto condominiali per accessione, in quanto il principio dell'accessione non è affatto applicabile in materia condominiale” e che “la comproprietà della nuova opera sorge a favore dei condomini dell'edificio solo ove essa venga creata in conformità della disciplina del condominio, cioè secondo le norme sulle

innovazioni, sulla sopraelevazione ecc.”, soltanto a prima lettura sembrerebbe riferirsi alla problematica concernente l’individuazione della sorte delle innovazioni edificate da un solo comunista su bene comune. Ad una più attenta lettura, in realtà, l’attenzione del giudice adito sembrerebbe essere rivolta alla risoluzione del differente profilo della problematica in esame concernente i rapporti interni tra i comunisti, rappresentata dalla necessità o meno di integrare il contraddittorio nei confronti degli altri condomini dello stabile, laddove soltanto alcuni di essi intendessero agire a difesa del bene comune di fronte al pericolo cagionato da opere edilizie edificate da un solo comunista su suolo comune. Il medesimo giudice, affermando che la domanda degli attori e la pronuncia di merito che l’ha accolta “non era affatto intesa alla demolizione o ad alcun intervento materiale su beni od opere comuni sibbene alla eliminazione di quelle opere che sul bene comune, cioè sulla parte di terrazzo condominiale era stata illegittimamente creata” e che “è noto che ciascun condomino può agire, a tutela dei diritti condominiali sulle parti comuni, contro le lesioni dei beni comuni compiute da altro condomino o da estranei al condominio, senza necessità di integrare il contraddittorio nei confronti degli altri condomini” sembrerebbe propendere per siffatta impostazione.

In altri termini, l’attenzione del giudice di legittimità sembrerebbe essere rivolta a dotare di fondamento la pretesa, proveniente da parte soltanto di alcuni condomini, di agire in giudizio per ripristinare lo *status quo ante*, giungendo a dare risoluzione ad una controversia rilevante esclusivamente sul piano dei rapporti interni tra condomini, piuttosto che a quella di carattere reale della individuazione della sorte giuridica delle innovazioni illegittime, che finirebbe inevitabilmente per coinvolgere anche rapporti esterni a quelli condominiali. Non a caso, infatti, limitandosi la pronuncia ad affermare che non era necessario integrare il contraddittorio, non trattandosi di richiesta “intesa alla demolizione o ad alcun intervento materiale su beni od opere comuni sibbene alla eliminazione di quelle opere” che sul bene comune erano state illegittimamente create e che, pertanto, non potevano

divenire condominiali per accessione, nulla viene detto in merito al profilo dominicale della problematica in esame¹².

Ad ulteriore riprova di quanto da ultimo asserito, infatti, il giudice, affermando che “le disposizioni dettate dall’art. 936 codice civile, per le opere fatte da un terzo con materiali propri su fondo altrui, non trovano applicazione riguardo ai soggetti che siano legati da preesistenti rapporti giuridici sottoposti a specifica disciplina normativa, sì da non poter essere considerati reciprocamente come terzi: pertanto, in materia di condominio negli edifici, deve escludersi l’operatività della citata norma nel caso di costruzione eseguita dal condomino sul bene comune” e che “è noto che ciascun condomino può agire, a tutela dei diritti condominiali sulle parti comuni, contro le lesioni dei beni comuni compiute da altro condomino o da estranei al condominio, senza necessità di integrare il contraddittorio nei confronti degli altri condomini”, sembrerebbe mostrare a chiare lettere la sua intenzione di confinare il piano di analisi esclusivamente a quello dei rapporti interni condominiali¹³. Non a caso, al contempo, il diverso profilo dominicale della questione viene del tutto tralasciato: giungendosi alla conclusione nel senso di non integrare il contraddittorio nei confronti degli altri condomini, affermando che l’accessione non opera in materia condominiale, da un lato, e, facendosi uso dell’avverbio “invero”, dall’altro, il giudice adito sembrerebbe confinare l’esclusione dell’operatività dell’accessione al campo di applicabilità dell’art. 936 c.c.; inoperatività che, nel caso di specie, sembrerebbe dipendere dall’insussistenza dei presupposti di applicabilità e, precisamente, della terzietà in capo al

¹² Sia lecito osservare come dalla pronuncia in esame non sia dato sapere nulla in merito alla sorte giuridica delle opere illegittime, non essendo possibile comprendere chi risulti l’effettivo titolare delle stesse.

¹³ È appena il caso di ricordare come la normativa di cui all’art. 936 c.c. sia tutta improntata a disciplinare i rapporti tra terzo titolare dei materiali impiegati e *dominus soli* soprattutto sotto il profilo dei rapporti interni intercorrenti tra di loro a seguito dell’accessione. Tale norma ha infatti il seguente tenore letterale: “Quando le piantagioni, costruzioni od opere sono state fatte da un terzo con i suoi materiali, il proprietario del fondo ha diritto di ritenerle o di obbligare colui che le ha fatte a levarle.

Se il proprietario preferisce di ritenerle, deve pagare a sua scelta il valore dei materiali e il prezzo della mano d’opera oppure l’aumento di valore recato al fondo.

Se il proprietario del fondo domanda che siano tolte, esse devono togliersi a spese di colui che le ha fatte. Questi può inoltre essere condannato al risarcimento dei danni.

Il proprietario non può obbligare il terzo a togliere le piantagioni, costruzioni od opere, quando sono state fatte a sua scienza e senza opposizione o quando sono state fatte dal terzo in buona fede.

La rimozione non può essere domandata trascorsi sei mesi dal giorno in cui il proprietario ha avuto notizia dell’incorporazione”.

costruttore, non trovandosi, in materia condominiale, i soggetti coinvolti in un rapporto di reciproca terzietà.

Sotto il diverso profilo dominicale della problematica in esame, viceversa, il giudice sembrerebbe affermare che, nei rapporti condominiali, la sorte delle opere innovative illegittime andrebbe regolamentata alla luce della normativa dettata in materia condominiale¹⁴ e non di quella di cui all'art. 936 c.c.

È significativo, inoltre, notare come il giudice abbia ommesso ogni riferimento alla regola “*superficies solo cedit*” di cui all'art. 934 c.c., laddove invece il profilo dominicale della problematica avrebbe richiesto un'analisi approfondita o quanto meno un riferimento alla disciplina ivi contenuta¹⁵.

In realtà, con siffatta pronuncia il giudice di legittimità risulta ancora lontano dall'esame specifico del diverso profilo dominicale della questione. Come si metterà in evidenza nel prosieguo del lavoro, pertanto, soltanto in epoca successiva la giurisprudenza avrà modo di soffermarsi approfonditamente sulla sorte dominicale delle opere innovative eseguite soltanto da alcuni comunisti, nel senso che, trattandosi di opere illegittime e non operando il meccanismo dell'accessione, le medesime saranno di titolarità esclusiva del comunista costruttore¹⁶.

Tuttavia, il giudice, una volta affermato che “pertanto, in materia di condominio negli edifici, deve escludersi l'operatività della citata norma nel caso di costruzione eseguita dal condomino sul bene comune e la comproprietà della nuova opera sorge a favore dei condomini dell'edificio solo ove essa venga creata in conformità della disciplina del condominio, cioè secondo le norme sulle

¹⁴ Tra l'altro, basti qui ricordare che la disciplina sulla comunione e sul condominio non specifica espressamente le sanzioni applicabili in caso di loro violazione. Pertanto, sarebbe estremamente difficile subordinare l'acquisto dominicale dell'addizione al rispetto della normativa dettata in materia di condominio.

¹⁵ Cfr. *infra*, cap. III.

¹⁶ Significativo è mettere sin da ora in evidenza come, nell'ottica della ricostruzione in esame, l'operatività dell'accessione sia subordinata al rispetto assoluto delle norme dettate in materia di comunione: soltanto laddove quest'ultime vengano fedelmente rispettate troverà applicazione il meccanismo acquisitivo dell'accessione e, pertanto, i comproprietari diverranno contitolari dell'opera innovativa; laddove la disciplina sulla comunione sia stata disattesa, viceversa, soltanto il comunista costruttore acquisterà, come conseguenza del comportamento illegittimo, la proprietà dell'opera innovativa. In siffatto modo, soltanto laddove vengano rispettate le norme sulla comunione e quindi sia stata raggiunta la maggioranza richiesta dalla legge per autorizzare l'operazione di straordinaria amministrazione o comunque siano stati rispettati i limiti imposti dalla legge circa l'uso, il godimento e la destinazione della cosa comune, la sorte dominicale delle opere innovative sarà informata da quella dell'accessione.

innovazioni, sulla sopraelevazione ecc.”, in realtà, seppur implicitamente¹⁷, sembrerebbe aver sfiorato anche il delicato profilo dominicale della tematica in esame.

L'inapplicabilità del meccanismo acquisitivo dell'accessione non sarebbe argomentata dalla diretta ed immediata inoperatività della regola generale “*superficies solo cedit*” di cui all'art. 934 c.c., bensì dall'insussistenza dei presupposti di cui all'art. 936 c.c.: soltanto se sussistano i requisiti di applicabilità dell'art. 936 c.c., e quindi il costruttore ed il *dominus soli* riversino in uno stato di terzietà reciproca, quindi, potrà ritenersi operante il meccanismo acquisitivo dell'accessione. Il difetto di terzietà, come costante del caso di specie, allora, comporterebbe l'inoperatività non solo della disciplina di cui all'art. 936 c.c., ma al contempo anche della regola generale contenuta nell'art. 934 c.c. sopra richiamato.

Inoltre, sempre nella prospettiva del giudice, non è dato comprendere le modalità di coordinamento tra la disciplina di cui all'art. 936 c.c. e quella di cui agli artt. 1100 ss. c.c. nel caso in cui quest'ultima venga fedelmente rispettata: affermandosi che “deve escludersi l'operatività della citata norma nel caso di costruzione eseguita dal condomino sul bene comune”¹⁸ e che¹⁹ “la comproprietà della nuova opera sorge a favore dei condomini dell'edificio solo ove essa venga creata in conformità della disciplina del condominio, cioè secondo le norme sulle innovazioni, sulla sopraelevazione ecc.”, inevitabilmente il giudice finisce col creare un legame indissolubile tra il principio generale “*superficies solo cedit*” (art. 934 c.c.) e la disciplina integrativa dell'accessione di cui all'art. 936 c.c. con quella dettata in materia di comunione (artt. 1100 ss. c.c.).

Tuttavia, se siffatto legame sembrerebbe trovare un proprio fondamento nella prospettiva della violazione delle norme sul condominio, viceversa, laddove quest'ultime vengano rispettate, lo stesso risulterebbe di non facile comprensione: non è chiaro, cioè, se il rispetto della normativa sul

¹⁷ Nella pronuncia in esame, nessun riferimento espresso è rivolto alla regola generale “*superficies solo cedit*” di cui all'art. 934 c.c., ma, scorrendo la sentenza di “nascita della comproprietà”, la mente dovrebbe correre alle modalità di acquisto della comproprietà tra cui si annovera, si ricorda, l'accessione *ex art.* 934 c.c.

¹⁸ Si noti, ancora una volta, che la pronuncia si limita a fare esclusivamente richiamo dell'art. 936 c.c., al contempo, omettendo qualsiasi riferimento all'art. 934 c.c.

¹⁹ A dimostrazione dell'immediato collegamento, nella pronuncia si fa luogo alla congiunzione “e”.

condominio faccia scattare l'operatività della regola generale di cui all'art. 934 c.c., ivi inclusa la disciplina di cui all'art. 936 c.c., oppure soltanto la prima²⁰.

Infine, sul punto, è opportuno mettere in evidenza come l'inapplicabilità dell'accessione nel caso in esame sia ristretta al campo condominiale, essendo ancora lontana l'estensione a quello della comunione ordinaria²¹.

A ben vedere, nonostante non risultasse ben chiaro se, in siffatta epoca, l'orientamento della giurisprudenza fosse nel senso dell'inoperatività del principio generale "*superficies solo cedit*" di cui all'art. 934 c.c., oppure dell'inapplicabilità della sola disciplina di cui all'art. 936 c.c. in materia condominiale, è certo che l'idea di subordinare l'applicabilità dell'accessione al rispetto della normativa in materia condominiale inizia già a farsi strada nelle aule giudiziarie, essendo, però, al contempo ancora prematuro poter discorrere di un vero e proprio orientamento consolidato in materia.

Non a caso, in effetti, nonostante l'inapplicabilità della disciplina integrativa di cui agli artt. 936 e 938 c.c., sempre in seno alla stessa giurisprudenza continuava a perseverare la convinzione nel

²⁰ In altri termini, se in un primo momento viene affermata l'inoperatività dell'accessione e, nello specifico, della disciplina di cui all'art. 936 c.c. nella fattispecie condominiale per difetto di terzietà ed per incompatibilità del medesimo istituto con quello della comunione, al contempo creandosi quel legame indissolubile cui si faceva cenno nel testo, non si comprenderebbe la sorte del predetto legame laddove, fedelmente rispettata la normativa sulla comunione, il meccanismo acquisitivo dell'accessione debba ritenersi pienamente operante. L'anello debole del ragionamento della giurisprudenza richiamata nel testo, concernerebbe, insomma, l'esatta individuazione delle modalità di coordinamento tra l'istituto dell'accessione e quello della comunione, in quanto non è dato comprendere come il semplice rispetto della normativa dettata in materia condominiale renda operativo il meccanismo acquisitivo dell'accessione: basterebbe rispettare la predetta normativa sul condominio per poter ravvisare la terzietà reciproca in capo ai soggetti e quindi affermare l'operatività dell'accessione? Nella pronuncia richiamata nel testo, non è dato comprendere se troverebbe applicazione l'intera disciplina dettata in materia di accessione, ivi inclusa quella ex art. 936 c.c., oppure, viceversa, l'accessione ex art. 934 c.c. opererebbe sul piano esclusivamente dominicale, laddove, sul piano dei rapporti condominiali, la disciplina operante dovrebbe essere quella sul condominio a discapito di quella di cui all'art. 936 c.c.

Probabilmente, siffatta lacuna è dovuta alla circostanza che nel ragionamento del giudice adito siano stati sovrapposti due profili differenti fra loro: quello dei rapporti interni e quello dominicale. Sembrerebbe maggiormente lineare tenere nettamente separato il piano di indagine dell'art. 936 c.c. (quello concernente i rapporti interni) rispetto a quello dell'art. 934 c.c. (concernente i rapporti esterni), in tal modo riducendo al minimo il rischio di confusione tra gli stessi. Sul punto, v. *infra*, cap. III e cap. IV, par. 5.

Invero, a voler rispettare pedissequamente il ragionamento del giudice adito in merito al difetto di terzietà tra condomini, probabilmente dovrebbe concludersi per l'inapplicabilità dell'art. 936 c.c., in tal modo continuando a confinare il discorso sulla terzietà o meno al solo campo di applicazione di predetta normativa, al contempo, lasciando libero campo di applicazione al meccanismo acquisitivo dell'accessione di cui all'art. 934 c.c., il quale opererebbe a prescindere dalla terzietà o meno del costruttore. Delle due l'una: o si applica l'intera disciplina dell'accessione o si applica l'accessione, ma non la disciplina di cui all'art. 936 c.c. Invece, dal corpo della pronuncia richiamata, non è dato comprendere l'orientamento del giudice adito in merito, limitandosi la stessa a subordinare l'applicabilità dell'accessione al fedele rispetto della normativa dettata in materia condominiale.

²¹ Soltanto dagli anni novanta in poi, in effetti, si hanno le prime pronunce nel senso dell'inapplicabilità dell'accessione al campo della comunione in generale.

senso dell'inapplicabilità del principio generale dell'accessione²², ove, invece, un consolidato orientamento giurisprudenziale dovrebbe presupporre a monte una netta presa di posizione nel senso dell'applicabilità o meno di tutta la disciplina dell'accessione, ivi incluso il principio generale di cui all'art. 934 c.c.

Ad ogni buon conto, una vera e propria svolta in tal senso si è avuta solo con una significativa pronuncia del giudice di legittimità²³ che è stata destinata ad essere la madre delle decisioni future, in quanto ha segnato un vero e proprio cambiamento nel metodo di indagine.

Per la prima volta, in effetti, nella pronuncia richiamata, si fa espresso riferimento all'art. 934 c.c., in quanto sarebbe quest'ultimo a cedere il passo alle norme di carattere speciale dettate in materia di comunione²⁴, ogni qualvolta vi sia una situazione di comproprietà tra costruttore e non costruttore.

Rispetto al passato, è significativo che, ora, ad essere sacrificata sia l'intera disciplina sull'accessione (artt. 934-938 c.c.) a favore di quella sulla comunione e, in particolare, di quelle dettate sui limiti del diritto all'uso della cosa comune (*ex art. 1102 c.c.*).

Venendo al caso concreto, uno dei quattro fratelli uterini, in qualità di comproprietario con gli altri fratelli (che, a loro volta, erano comproprietari di altro fondo confinante sia con quello in comproprietà con il fratello che con quello di esclusiva proprietà di quest'ultimo) di un fondo confinante con uno di sua esclusiva proprietà, adiva l'autorità giudiziaria per esperire denuncia di nuova opera nei confronti degli altri fratelli che avevano intrapreso la costruzione di un edificio in parte insistente sul fondo in comproprietà tra tutti i fratelli ed in parte sul fondo in comproprietà soltanto degli altri ed non curandosi di rispettare la normativa sulla distanza dai confini del fondo di proprietà esclusiva

²² Per un'ampia rassegna sul punto, v. M. BASILE, *op. cit.*, p. 1299, nt. 8.

²³ Cfr. Cass., 30 marzo 1993, n. 3853, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, p. 580, il cui testo integrale è reperibile sul sito www.dejure.giuffrè.it. Secondo il giudice citato: "Nell'ipotesi di costruzione eseguita in tutto o in parte su un suolo di proprietà comune del costruttore e di terzi, non possono trovare applicazione le disposizioni relative all'accessione (art. 934 – 938 c.c.) la cui operatività è subordinata alla mancanza di una diversa disciplina, legale o convenzionale, dei rapporti fra costruzioni e proprietà del suolo, ma devono applicarsi le norme in materia di comunione, con la conseguenza che la comproprietà della nuova opera sorge a favore dei condomini non costruttori soltanto se essa sia stata realizzata in conformità di detta disciplina e perciò nel rispetto delle norme sui limiti del diritto all'uso del comproprietario delle cose comuni".

²⁴ In senso alla giurisprudenza, pertanto, inizia a farsi strada la consapevolezza che la problematica della sorte delle opere innovative eseguite da un solo comunista vada oltre i ristretti confini della materia condominiale, lambendo contemporaneamente due istituti centrali dell'ordinamento giuridico: l'accessione e la comunione.

del ricorrente. I fratelli costruttori si difendevano invocando l'applicabilità delle norme sull'accessione, in particolare l'art. 934 c.c. in generale e l'art. 936, 4° co., c.c. per quanto concerne la rilevanza dello stato soggettivo di buona fede dei fratelli costruttori che avevano proceduto all'edificazione nella convinzione che il loro fratello fosse a conoscenza della loro facoltà di edificazione in deroga alle distanze legali dal confine. Pertanto, chiedevano: l'accertamento della comproprietà tra tutti i fratelli in virtù dell'operare del principio dell'accessione *ex art. 934 c.c.*; che l'edificazione non fosse rimossa *ex art. 936, 4° co., c.c.*, sussistendo la buona fede dei comunisti costruttori; che sia riconosciuto in favore di quest'ultimi un diritto di credito per recuperare le spese erogate. Il fratello ricorrente non costruttore basava la propria linea difensiva invocando, invece, in generale l'operare delle norme sulla comunione ed in particolare quelle sui limiti all'uso della cosa comune di cui all'art. 1102 c.c. Il ricorrente, una volta giunto il contenzioso innanzi al giudice di prime cure, in un primo momento vide la sua posizione soccombere, ma, una volta gravata di appello la pronuncia a lui sfavorevole, ottenne la vittoria, non potendo il caso di specie trovare la sua disciplina nell'art. 938 c.c. (c.d. accessione invertita), essendo, quest'ultima, applicabile nell'ipotesi in cui la costruzione abbia comportato l'occupazione in buona fede della porzione di un fondo attiguo di proprietà altrui, e non anche quando, come nella specie, lo sconfinamento investa un fondo comune del costruttore e di terzi, dovendosi in questo secondo caso rispettare invece la disciplina in tema di comunione, ed in particolare la norma sui limiti all'uso della cosa comune.

Il giudice di legittimità, adito dai fratelli soccombenti in appello, riprende le conclusioni cui è giunto il giudice di merito di seconde cure sostanzialmente ampliandone i contenuti. In tal modo, il giudice di legittimità è giunto ad affermare la prevalenza delle norme sulla comunione rispetto a quelle dell'accessione dichiarando al contempo, nel caso di specie, inoperante il principio dell'accessione. L'argomentazione fu nel senso che "all'ipotesi di costruzione eseguita, in tutto, o in parte, su un fondo comune del costruttore e di terzi, va applicata la disciplina in tema di comunione, con la conseguenza che in tal ipotesi la comproprietà della nuova opera sorge a favore dei condomini non costruttori soltanto se essa sia stata realizzata in conformità di detta disciplina, cioè con il rispetto

delle norme sui limiti del diritto all'uso della cosa comune, sulle innovazioni ecc.”. Pertanto, correttamente, “la corte di merito ha ritenuto che il caso di specie, caratterizzato dall'essere sorta la nuova fabbrica edificata dai costruttori su terreno di cui era comproprietario anche un terzo, dovesse trovare la sua appropriata disciplina nell'ambito di quella della comunione, e, specificamente, nella disposizione circa i limiti del diritto all'uso della cosa comune (art. 1102 c.c.)”. In particolare, “non ha fondamento la tesi...secondo cui il principio generale dell'accessione sancito dall'art. 934 c.c. troverebbe applicazione, nell'ipotesi di comproprietà del suolo sul quale da taluno dei condomini sia stata realizzata una costruzione, prima ed indipendentemente dal rispetto delle norme che, in materia di comunione, disciplinano e limitano il diritto di ciascun condomino all'utilizzazione e godimento della cosa comune”. Invece, “vero è...il contrario, non potendo certo l'istituto dell'accessione – la cui operatività è, per espresso dettato normativo, subordinata alla mancanza di una diversa disciplina convenzionale o legale dei rapporti tra costruzione e proprietà del suolo – divenire nella ridetta ipotesi uno strumento di prevaricazione della volontà e degli interessi dei condomini non costruttori, tra l'altro privandoli, attesa la qualità di condominio, e non di terzo, rivestita dal costruttore, della possibilità di chiedere ed ottenere la rimozione dell'opera a cura e spese di quest'ultimo, ex art. 936 comma 1 cod. civ.”. Precisamente, «del tutto prive di consistenza, poi, sono le censure svolte col secondo motivo, alle ragioni sopra esposte aggiungendosi quella dell'ininvocabilità di una norma (art. 936 comma 4 cod. civ.) che, contemplando l'ipotesi in cui la costruzione sull'altrui suolo sia stata fatta dal terzo in buona fede o “a scienza e senza opposizione” del proprietario, non può trovare applicazione quando l'opera sia stata realizzata, come nella specie, su un fondo comune del costruttore e di terzi».

Infine, “Non maggior pregio...rivestono le censure svolte, nella seconda parte del terzo motivo, contro il convincimento espresso dal giudice d'appello circa l'avvenuta violazione, nella specie consumata con l'edificazione su suolo comune, della norma (art. 1102 c.c.) che sottopone l'uso da parte di ciascun condominio della cosa in comunione, al duplice limite del divieto di alterare la destinazione della cosa stessa e del divieto di impedire agli altri partecipanti di farne parimenti uso secondo il loro diritto”. Secondo il giudice di legittimità “Tale convincimento ha invero quel giudice

correttamente motivato, dopo aver escluso che un qualsiasi consenso all'edificazione fosse stato manifestato dal condominio non costruttore (irrilevante essendo quello espresso dalla sua genitrice diversi anni prima e con riferimento ad una situazione giuridica totalmente diversa, quanto alla titolarità della particella 2371, da quella esistente all'epoca dell'edificazione), sul rilievo, implicito nell'affermazione dell'avvenuta attrazione del suolo comune nell'esclusiva sfera giuridica dei condomini costruttori, che da siffatta edificazione era stato alterato il rapporto di equilibrio tra le utilizzazioni concorrenti, attuali e anche potenziali, di tutti i comproprietari di detto suolo. Né rileva in contrario, come assume la ricorrente, la (pretesa) destinazione edificatoria del suolo comune".

A questo punto sembrerebbe interessante comprendere i limiti entro cui l'uso della cosa comune da parte di alcuni soltanto dei comunisti non costituisca un'ipotesi di violazione della disposizione di cui all'art. 1102 c.c.²⁵.

Basterebbe il rispetto della destinazione edificatoria per non ricadere nella violazione della norma da ultimo richiamata oppure dovrebbe svolgersi altrove lo sguardo? Cosa dovrebbe intendersi per destinazione? Il giudice sembrerebbe fornire anche risposta ai predetti quesiti. Anzitutto "tale destinazione, quando non risulti stabilita da un previo accordo tra i comproprietari, costituisce un connotato economico, non certo giuridico, del suolo, di cui sta ad indicare, invero, una specifica possibilità, non un vincolo, di sfruttamento" e "comunque, essa può legittimare l'edificazione ad iniziativa di uno o di alcuni soltanto dei condomini, solo in presenza di un accordo di tutti i partecipanti circa il tempo ed i modi di attuazione (progetto edilizio, spese di costruzione, ecc.) dell'iniziativa stessa". Secondo il giudice, "è di tutta evidenza, invero, che in difetto di un simile accordo il rispetto della destinazione edificatoria sarebbe solo apparente e comporterebbe in ogni caso una violazione della sfera giuridica dei condomini non costruttori, sotto il profilo dell'impedimento loro frapposto ad un pari uso del suolo comune, attuato però secondo tempi e modi dell'edificazione concordati tra tutti i partecipanti alla comunione" e, pertanto, confermandosi la sentenza del giudice di merito di

²⁵ Cfr. *infra*, cap. II, par. 3.

seconde cure circa la demolizione dell'edificio insistente sulla particella di comproprietà a tutti i fratelli, l'adita Corte ha rigettato il ricorso.

In altri termini, nell'ottica della giurisprudenza accennata, per destinazione, in assenza di un previo accordo tra i comproprietari, dovrebbe intendersi il carattere economico e non giuridico impresso al suolo, cioè una specifica possibilità, tra le tante possibili, di sfruttamento economico dello stesso. Nella stessa ottica, seppur sotto il diverso profilo dell'individuazione delle ipotesi di violazione della disciplina contenuta nell'art. 1102 c.c., ai fini dello scostamento dalla destinazione, nel caso di specie edificatoria, sarebbe necessario un vero e proprio accordo tra tutti i comunisti circa il tempo ed i modi di relativa attuazione: in mancanza dello stesso e, specificamente, nel caso in cui l'iniziativa appartenga ad un solo comunista, non vi sarebbe fedele rispetto della destinazione edilizia impressa e pertanto l'edificazione sarebbe in ogni caso illegittima, impedendo essa agli altri comunisti quel pari uso del suolo comune cui discorre l'art. 1102 c.c.

La pronuncia da ultimo richiamata sembrerebbe essere significativa, in quanto il giudice di legittimità, affermando che “Vero è – invece – il contrario, non potendo certo l'istituto dell'accessione – la cui operatività è, per espresso dettato normativo, subordinata alla mancanza di una diversa disciplina convenzionale o legale dei rapporti tra costruzione e proprietà del suolo – divenire nella ridetta ipotesi uno strumento di prevaricazione della volontà e degli interessi dei condomini non costruttori, tra l'altro privandoli, attesa la qualità di condomino, e non di terzo, rivestita dal costruttore, della possibilità di chiedere ed ottenere la rimozione dell'opera a cura e spese di quest'ultimo, ex art. 936 comma 1 cod. civ.”, giunge, nel caso di specie, alla conclusione nel senso della prevalenza della disciplina della comunione, nello specifico quella di cui all'art. 1102 c.c., rispetto quella dettata in materia di accessione (artt. 934 – 936 c.c.). Precisamente, al giudice dovrebbe attribuirsi il merito di aver esaminato la problematica nettamente scindendo, da un lato, le argomentazioni concernenti l'inapplicabilità dell'art. 934 c.c. e, dall'altro, quelle riguardanti l'art. 936 c.c.: l'art. 934 c.c. non troverebbe applicazione alcuna in quanto derogato dalla normativa dettata in materia di comunione

(art. 1102 c.c.), laddove l'art. 936 c.c.²⁶ sarebbe inoperante per difetto del presupposto indefettibile della terzietà in capo ai soggetti interessati²⁷.

Ad ogni modo, non può farsi a meno di osservare come anche nella pronuncia in esame non siano di chiara evidenza le modalità di coordinamento tra la normativa sulla comunione e quella sulla accessione, al contempo erigendo la prima come disciplina derogatoria della seconda²⁸.

In realtà, sulla base di un'interpretazione letterale dell'art. 934 c.c., in astratto sarebbe possibile arguire che la disciplina della comunione sia derogatoria in quanto rientrante nel novero del dettato legislativo, "salvo che risulti diversamente dal titolo o dalla legge"; concentrandosi sull'art. 1102 c.c., viceversa, qualsiasi sforzo interpretativo difficilmente riuscirebbe a spiegare come la disciplina dettata in tema di comunione sia idonea a derogare quella concernente le modalità di acquisto della proprietà a titolo originario nel caso in cui l'addizione insiste su un bene comune²⁹.

Inoltre, anche con la pronuncia in esame nulla sembrerebbe essere chiarito in merito alla sorte dominicale dell'incorporazione ritenuta illegittima³⁰.

²⁶ È significativo, sin da ora, osservare come nell'ottica del giudice l'eventuale applicazione dell'art. 936 c.c. comporterebbe con sé il rischio di privare il comunista non costruttore di poter richiedere ed ottenere la rimozione delle opere innovative a cura e spese del costruttore comunista. A tal fine, infatti, si ricordi che l'art. 936 c.c. prevede, tra l'altro e per quanto qui di interesse, che "il proprietario del fondo non può obbligare il terzo a togliere le piantagioni, costruzioni od opere, quando sono state fatte a sua scienza e senza opposizione o quando sono state fatte dal terzo in buona fede" e che "la rimozione non può essere domandata trascorsi sei mesi dal giorno in cui il proprietario ha avuto notizia dell'incorporazione". Quindi, maggiormente tuzioristica per il comunista non costruttore sarebbe invocare l'inapplicabilità della normativa da ultimo citata a favore di quella della comunione, anche se tale soluzione si troverebbe comunque a fare i conti con la normativa di cui all'art. 1102 c.c.

²⁷ Presupposto che, secondo giurisprudenza costante, mancherebbe ogni qual volta sussista, come nel caso di specie, un rapporto di comunione tra soggetto costruttore e non.

²⁸ Cfr. *infra*, cap. IV.

²⁹ Il legislatore, con l'espressione "salvo che risulti diversamente dal titolo o dalla legge", intenderebbe fare salve tutte le fattispecie convenzionali e legali in cui il principio "*superficies solo cedit*" sia inoperante. Orbene, il diritto di superficie (art. 952 c.c.) sarebbe specifico titolo idoneo ad attribuire un diritto sulle opere innovative ad un soggetto diverso dal *dominus soli* (cfr. M. BASILE, *op. cit.*, p. 88 ss.), non potendosi scorgere nella comunione ordinaria e nella disciplina di cui all'art. 1102 c.c. alcun titolo specifico idoneo ad attribuire uno specifico diritto in capo al solo comunista costruttore: l'art. 1102 c.c. si limiterebbe a regolamentare i rapporti tra comunisti per quanto concerne l'uso della cosa comune a mezzo dell'esecuzione di opere innovative. Sul punto, cfr. *infra*, cap. IV, par. 1.

³⁰ Il giudice di legittimità, limitandosi ad affermare che "all'ipotesi di costruzione eseguita, in tutto, o in parte, su un fondo comune del costruttore e di terzi, va applicata la disciplina in tema di comunione, con la conseguenza che in tal ipotesi la comproprietà della nuova opera sorge a favore dei condomini non costruttori soltanto se essa sia stata realizzata in conformità di detta disciplina, cioè con il rispetto delle norme sui limiti del diritto all'uso della cosa comune, sulle innovazioni ecc." e, in particolare, che "non ha fondamento la tesi...secondo cui il principio generale dell'accessione sancito dall'art. 934 c.c. troverebbe applicazione, nell'ipotesi di comproprietà del suolo sul quale da taluno dei condomini sia stata realizzata una costruzione, prima ed indipendentemente dal rispetto delle norme che, in materia di comunione, disciplinano e limitano il diritto di ciascun condomino all'utilizzazione e godimento della cosa comune", omette al contempo di fare chiarezza circa la sorte dominicale della nuova costruzione limitandosi a fare rinvio alla disciplina della comunione (art. 1102 c.c.), quasi a voler affermare che tale normativa disciplini anche la sorte dominicale della

A ben vedere, tuttavia, alla pronuncia da ultimo richiamata non può non riconoscersi il merito di aver spianato la strada del consolidatosi orientamento giurisprudenziale nel senso dell'applicabilità della disciplina sulla comunione a discapito di quella dettata in materia di accessione³¹: le pronunce susseguitesesi nel corso degli anni non a caso riprendono sostanzialmente le medesime argomentazioni

costruzione eretta illegittimamente. Ancora una volta, però, non può farsi a meno di osservare come l'art. 1102 c.c. nulla chiarisca in merito al profilo dominicale dell'innovazione, in quanto, viceversa, sembrerebbe trattarsi di normativa rivolta esclusivamente alla regolamentazione del profilo interno dei rapporti intercorrenti tra condomini e giammai della situazione reale venutasi a creare tra cosa comune ed innovazione.

³¹ In realtà, anche parte della letteratura che si è occupata della tematica propendeva nel senso dell'inapplicabilità dell'accessione: v. E. ALVINO, *Inapplicabilità delle norme sull'accessione ai rapporti condominiali e improponibilità dell'azione di garanzia in regime di liquidazione coatta amministrativa*, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 58 ss; A. M. PEDRON, *La costruzione su suolo di proprietà comune tra principio dell'accessione e regole della comunione*, in *Riv. not.*, 2008, p. 614; A. SCARPA, *Chi prima scava meglio alloggia?*, in *Imm. propr.*, 2015, p. 637 ss. Per soluzioni più articolate, v. G. BRANCA, *Comunione e condominio negli edifici*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1982, p. 57 ss., 96 ss.; M. PARADISO, *L'accessione al suolo*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1994, p. 161 specialmente nota 30, il quale – richiamando e sembrando condividere la ricostruzione del BRANCA – afferma che dalla disciplina positiva in tema di addizioni realizzate dal condomino emerge «la distinzione fra innovazioni che, rispettando la destinazione economica della cosa, sono lecite e appartengono a coloro che le hanno realizzate, e addizioni che, essendo vietate – vuoi perché alterano tale destinazione economica, vuoi perché realizzate comprimendo il diritto degli altri comproprietari, e dunque nell'esclusivo interesse dell'agente –, cadono in comproprietà ex art. 934 c.c. ... in altre parole l'art. 1102 – pur senza dar luogo a una proprietà superficiaria – derogherebbe all'art. 934 (relativamente all'acquisto in proprietà in capo al *dominus soli*) per la peculiarità della fattispecie “comproprietà”, in cui la costruzione e le stesse innovazioni *che non alterano la destinazione economica* costituiscono esercizio dal diritto di ciascuno di usare della cosa. In definitiva, “chi si muove entro la quota non si può considerare terzo ex artt. 936 e 939 c.c.”» (il corsivo ed il virgolettato sono dell'autore); G. ALPA, *Accessione*, voce del *Digesto disc. priv.*, Sez. civ., Torino, 1987, I, p. 31 il quale, richiamando i vari orientamenti giurisprudenziali, distingue tra costruzione realizzata dal comproprietario, alla quale si applicherebbe l'accessione, e costruzione realizzata dal condomino, alla quale non si applicherebbe; G. A. M. TRIMARCHI, *Edificazione su suolo comune da parte del comunista senza il consenso degli altri* (Studio civilistico n. 175-2008/C, approvato dalla Commissione Studi Civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato il 29 maggio 2008), il quale sembra giungere alla conclusione nel senso dell'operatività del meccanismo dell'accessione mostrando una certa apertura – per quanto concerne la regolamentazione dei rapporti fra comunisti/condomini – ad abbracciare sia soluzioni che ritengano applicabile l'art. 936 c.c. – in quanto il comunista costruttore agendo in violazione delle norme sulla comunione potrebbe essere considerato terzo alla pari del soggetto di cui all'art. 936 c.c. – che a soluzioni negative dell'applicabilità di tale disciplina sull'accessione, in quanto il comunista costruttore non sarebbe soggetto terzo. *Contra*, nel senso della applicabilità del meccanismo acquisitivo dell'accessione o comunque di una maggiore apertura circa l'operatività dello stesso in tema di innovazione eseguita sulla cosa comune, v. già: M. VITALEVI, *Della comunione dei beni*, Torino, 1884, p. 253 ss. e spec. p. 256; L. RAMPONI, *Il diritto di accessione relativamente alle innovazioni nella cosa comune*, in *Riv. dir. agr.*, 1926, p. 494. Per un'impostazione non dissimile, più di recente, v.: M. BASILE, *op. cit.*, p. 1297 ss.; R. CIMMINO, *Accessione e costruzione sul suolo comune*, in *Notariato*, 2011, p. 634; R. TRIOLA, *Dell'accessione, della specificazione, dell'unione e della commistione*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Della proprietà. Art. 869-1099*, a cura di A. Jannarelli-F. Macario, Torino, 2012, p. 374; R. FRANCO, *Interferenze tra comunione e condominio nella recente evoluzione giurisprudenziale. L'area esterna, la costruzione su suolo comune e il principio dell'accessione*, in *Riv. dir. priv.*, 2014, p. 141 ss; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, Milano, 2017, p. 258; R. TOMMASINI-E. LA ROSA, *I modi di acquisto della proprietà*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2017, p. 299; R. QUADRI, *La rinuncia al diritto reale immobiliare. Spunti di riflessione sulla causa dell'atto unilaterale*, Napoli, 2018, p. 105; E. MORELLO, *L'istituto dell'accessione si applica anche nel caso di opera posta in essere da uno dei comproprietari*, in *condominioelocazione.it*, 26 febbraio 2018; N. A. CIMMINO, *Immobile edificato su suolo comune da uno solo dei comproprietari*, in *Notariato*, 2018, p. 294 ss; C. ABATANGELO, *Principio di accessione e comunione: un “ritorno al passato” da parte delle sezioni unite*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1403; A. GUARNERI, *Costruzione su suolo comune senza il consenso dei comproprietari: accessione o comunione?*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2018, p. 895; L. TORMEN, *Accessione e alterità soggettiva tra proprietario e costruttore: il chiarimento delle Sezioni Unite*, *ibidem*, p. 847; C. CICERO, *L'accessione della costruzione eseguita dal comproprietario sul suolo comune*, in *Giur. it.*, 2018, p. 2351; G. S. FODERA', *Il regime proprietario della costruzione realizzata non proibenti: una nuova stagione del principio dell'accessione*, in *Imm. propr.*, 2018, p. 225; G. ZANCHI, *Altruità del bene e applicabilità della disciplina sull'accessione*, in *Giur. it.*, 2019, p. 300 ss.; V. CARBONE, *Per le Sezioni Unite l'accessione si applica anche al suolo comune*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 197 ss.

contenute in siffatta pronuncia, salva una breve parentesi temporale nella quale si è continuato ad affermare (consapevolmente?³²) esclusivamente l'inapplicabilità degli artt. 936³³ e/o 938 c.c.³⁴.

Pertanto, le decisioni del giudice di legittimità poi susseguitesì nel corso degli anni sembrerebbero enunciare tutta la medesima regola di diritto secondo cui “la disciplina sull’accessione,

³² La scelta di confinare l’esclusione della disciplina dell’accessione al solo campo degli artt. 936 e 938 c.c., sembrerebbe essere suggerita dal timore, diffuso soprattutto in giurisprudenza, di abbandonare il principio “*superficies solo cedit*” dalle antiche origini romane, al contempo, preferendosi contenere la questione concernente l’applicabilità o meno del generale principio dell’accessione in materia di comunione.

³³ Cfr. Cass., 14 dicembre 1994, n. 10699, reperibile sul sito www.dejure.giuffrè.it, la quale è stata chiamata a risolvere una controversia intercorrente tra la Parrocchia della Cattedrale di Avellino e la C.C.I.A.A. di Avellino avente ad oggetto la richiesta da parte di quest’ultima alla restituzione di due vani costruiti al di sopra della striscia di terreno adibito a strada privata ed alla rimozione delle altre opere illegittimamente edificate dalla Parrocchia su una striscia di terreno adibito a strada privata di proprietà esclusiva della C.C.I.A.A. (strada concessa, tra l’altro, in servitù di passaggio a piedi e con qualunque mezzo in favore del terreno di proprietà della Parrocchia con la facoltà di coprirla all’altezza di quattro metri dal piano di campagna). L’attore lamentava che: 1) la detta striscia di sua proprietà ed oggetto di servitù sia stata incorporata nella costruzione della casa parrocchiale, costituendo un corridoio a piano terra lungo ventisei metri circa con copertura di un solaio e con la restrizione di circa un metro, rendendo impossibile l’accesso carrabile; 2) al di sopra della striscia sono stati costruiti due vani e circa tre metri quadrati dello spiazzetto sono stati occupati da una scala di accesso al locale caldaia della casa canonica. Innanzi al giudice di merito, la C.C.I.A.A. è risultata parzialmente vincitrice mentre la Parrocchia soccombente. È interessante richiamare le argomentazioni della Corte di Appello che, rigettando i due appelli principali proposti dalla Parrocchia nonché quello incidentale, ha precisato che “circa la condanna alla eliminazione parziale delle camere costruite al di sopra della copertura, che la stessa è stata disposta in applicazione dell’art. 1102 c.c., essendo stata riconosciuta la comunione della striscia e non essendo applicabile il disposto dell’art. 936 c.c., in quanto la Parrocchia è uno dei comunisti e non terzo; circa la condanna all’abbattimento del vano scala, la statuizione è legittima, dal momento che tale vano occupa mq. 3,40 dello spazio che è comune tra le parti e viola l’art. 1102 c.c.”. La Parrocchia ricorre al giudice di legittimità avanzando la tesi della inapplicabilità al caso di specie dell’art. 1102 c.c., ma quella di cui all’art. 936 c.c., mentre la C.C.I.A.A. non ha svolto attività nel giudizio di legittimità. La S.C. rigetta il ricorso della Parrocchia integralmente e conferma, ampliandone le argomentazioni, la pronuncia di seconde cure, affermando che “La Corte di merito, confermando la condanna della Parrocchia alla eliminazione delle due camere costruite al di sopra della copertura della striscia di terreno, limitatamente alla parte che insiste sulla copertura medesima oltre a dare sufficiente e non contraddittoria motivazione, ha fatto corretta applicazione delle norme di diritto sostantivo sopra menzionate e dei principi elaborati dalla giurisprudenza in materia di comunione e di accessione. Poiché dal dato certo e pacifico che la Parrocchia, all’inizio della striscia di terreno ha realizzato le due stanze (una al primo ed una al secondo), allineate con la facciata ma senza luce su piazza Duomo, è evidente che la colonna d’aria soprastante la striscia comune risulta attratta nella sfera esclusiva della Parrocchia, esattamente la corte di merito ha ravvisato anche in ciò la violazione dell’art. 1102 c.c., ed altrettanto esattamente ha escluso che possa applicarsi nella fattispecie, sia direttamente sia analogicamente, la disciplina dell’accessione di cui all’art. 936 c.c....circa la mancata applicazione dell’art. 936 c.c., va precisato che nel caso di specie mancano del tutto le condizioni perché ciò avvenga. È da rilevare, infatti, che l’applicazione di tale norma sostantiva postula che l’autore delle opere realizzate su suolo altrui sia un terzo, e tale non può qualificarsi colui che è titolare di un qualsiasi diritto, di natura reale o personale, avente ad oggetto il fondo su cui le opere sono state eseguite. Né, peraltro, al cospetto di una norma edittata, qual è l’art. 1102 c.c., la quale regola positivamente la fattispecie, può farsi uso dello strumento ermeneutico dell’analogia, prevista dall’art. 12 comma secondo delle Preleggi, dal momento che in assenza di una qualsivoglia lacuna dell’ordinamento normativo non può farsi ricorso a casi simili o materia analoghe (cosiddetta analogia legis)”.

³⁴ Cfr. Cass., 4 febbraio 1998, n. 1134, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, p. 236, il cui testo integrale è reperibile sul sito www.dejure.giuffrè.it, la quale ha risolto una controversia avente ad oggetto l’istanza di due comunisti della corte comune volta alla rimozione di alcuni abusi (due rampe di accesso) commessi da altro comunista per favorire l’accesso all’immobile di sua esclusiva proprietà. Il giudice adito si è pronunciato nel senso che “non può trovare applicazione la disposizione dell’art. 938 c.c. relativa alla accessione invertita, la cui operatività è subordinata alla mancanza di una diversa disciplina, legale o convenzionale, dei rapporti fra costruzione e proprietà del suolo, dovendosi applicare, invece, le norme in materia di comunione”, in quanto “la corte napoletana ha esaminato gli atti di provenienza, esibiti dalle parti, giungendo alla conclusione, senza ombra di dubbio o contraddizione, che la parte di corte (su cui il ricorrente ha realizzato le scale di accesso) non si appartiene al solo ricorrente, ma bensì anche ai resistenti, in regime di comunione (per cui le scale di accesso in discorso risultano realizzate illecitamente su suolo comune, sottraendo il suolo occupato dal ricorrente al godimento comune (art. 1100 e seg. cod. civ.)”.

contenuta nell'art. 934 c.c., si riferisce solo alle costruzioni su terreno altrui; essa, pertanto, non trova applicazione nelle ipotesi di costruzioni eseguite da uno dei comproprietari su suolo comune, cui si applica, invece, la normativa 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, cosicché le opere create da un solo contitolare, in assenza di accordi tra tutti i partecipanti alla comunione, non possono considerarsi beni condominiali per accessione, ma vanno considerate appartenenti al comproprietario costruttore e rientranti nella sua esclusiva sfera giuridica”³⁵.

A voler ripercorrere le tappe del ragionamento seguito dalla giurisprudenza, i punti salienti dello stesso sarebbero i seguenti: 1) la disciplina speciale della comunione/condominio sarebbe idonea a derogare quella di carattere generale dell'accessione; 2) siffatta deroga sarebbe specificamente giustificata, da un lato, dalla disciplina dell'art. 1102 c.c. sui limiti all'uso della cosa comune da parte dei comunisti e, dall'altro, dal difetto di terzietà reciproca in capo ai comunisti, in quanto, essendo legati fra loro da un rapporto di comunione/codominio³⁶, non rispetterebbero il presupposto essenziale ai fini dell'operatività dell'accessione; 3) l'operatività della regola “*superficies solo cedit*” in materia di comunione/condominio sarebbe subordinata al fedele rispetto della disciplina dettata in quest'ultima materia³⁷; 4) in favore dei comunisti del suolo non si produrrebbe automaticamente (*ope legis*) l'effetto acquisitivo della comproprietà in forza dell'operatività del meccanismo acquisitivo

³⁵ Cfr., per tutte, Cass., 13 marzo 2009, n. 6262, in *Imm. propr.*, 2009, p. 388.

³⁶ Precisamente il requisito della terzietà lo si ricavava dalla disposizione di cui all'art. 936 c.c. che, secondo consolidato orientamento giurisprudenziale, postulerebbe la terzietà tra i soggetti interessati dalla stessa: in materia di comunione e condominio, non essendovi terzietà tra comunista costruttore e non, la disciplina dell'art. 936 c.c. non potrebbe operare per la regolamentazione del rapporto sorto in seguito all'innovazione illegittima. Circa la nozione di terzo, la giurisprudenza è costante nell'affermare che “terzo è chiunque non abbia con il proprietario del fondo un rapporto giuridico, di natura reale o personale, tale da consentirgli la facoltà di costruire su detto fondo. Tale ipotesi si verifica non soltanto nell'originaria assenza di alcun vincolo negoziale, ma anche allorché un preesistente contratto sia venuto meno per invalidità o per risoluzione, stante la retroattività tra le parti della relativa pronuncia: alla inesistenza di un precedente rapporto giuridico vanno assimilate le ipotesi di un contratto che venga in seguito meno per invalidità o per risoluzione”: Cass., 29 marzo 2001, n. 4623, in *Riv. not.*, 2001, p. 1423, con nota di G. MUSOLINO, *L'accessione di opere fatte da un terzo con materiali propri: la nozione di terzo*, p. 1426.

³⁷ Tra l'altro, come si è già messo in evidenza, la giurisprudenza tende a limitarsi a tale affermazione senza al contempo chiarire in che modo operi la disciplina sull'accessione laddove le norme sulla comunione/condominio siano state fedelmente rispettate. Nell'ottica della giurisprudenza, che ritiene insussistente il presupposto della terzietà nei rapporti tra comunisti, potrebbe ipotizzarsi pertanto l'operatività del meccanismo acquisitivo generale di cui all'art. 934 c.c. al contempo dovendosi ritenere inapplicabile la normativa di cui all'art. 936 c.c.

dell'accessione³⁸; 5) scarsa chiarezza in merito alla sorte dominicale dell'opera innovativa edificata su suolo comune³⁹; 6) inapplicabilità della disciplina di cui all'art. 936 c.c. per difetto di terzietà: alla lesione nell'uso paritetico della cosa comune potrebbe porsi rimedio con la richiesta di demolizione e rimozione a spese e cure del costruttore, oltre al risarcimento del danno in favore dei comunisti non costruttori che hanno agito in giudizio per la tutela del bene comune, al contempo non essendo necessario il rispetto dei limiti imposti dall'art. 936 c.c.; 7) non necessarietà, in quest'ultimo caso, di integrare il contraddittorio nei confronti degli altri comunisti non costruttori non agenti in giudizio, in quanto immediata conseguenza dell'inoperatività della disciplina dell'accessione sarebbe quella di riconoscere al comunista agente in giudizio la legittimazione all'esercizio di un proprio diritto sul bene comune: al comunista agente non sarebbe riconosciuto alcun diritto sull'opera innovativa, essendo la demolizione di quest'ultima soltanto conseguenza della tutela riconosciuta al singolo comunista circa l'uso ed il godimento della cosa comune.

Non a caso il giudice di legittimità⁴⁰ ha risolto un contenzioso instaurato da una comproprietaria *pro indiviso* di un fondo relitto tra più soggetti⁴¹, rispettando a pieno il dogma della prevalenza della disciplina sulla comunione rispetto a quella dell'accessione.

³⁸ Siffatta conclusione sarebbe diretto ed immediato corollario dell'inapplicabilità del principio dell'accessione.

³⁹ La giurisprudenza citata che ha avuto cura di soffermarsi sulla problematica, si è limitata ad osservare che la parte di suolo occupata dall'opera viene sottratta al comune uso per essere attratta nell'esclusiva sfera giuridica del comunista costruttore. In siffatto modo, la predetta giurisprudenza ha deciso di non prendere una precisa posizione in merito a tale problematica, non essendo infatti chiaro se la stessa intendesse affermare che il comunista costruttore acquisisca la titolarità dell'opera e dell'area di sedime sulla quale essa insisteva in forza dell'operatività di un meccanismo simile a quello dell'accessione invertita di cui all'art. 936 c.c., oppure semplicemente mettere in evidenza che il bene comune o la parte dello stesso su cui sorgeva l'opera innovativa finisca per essere utilizzato e goduto esclusivamente dal comunista costruttore, alterandosi indebitamente gli equilibri economici e giuridici sulla stessa. Non a caso, la conclusione nel senso dell'attribuzione della proprietà dell'opera innovativa esclusivamente in capo al comunista costruttore, sembrerebbe essere frutto, almeno fino alla pronuncia giurisprudenziale del 2007, di cui *infra*, dell'opera creatrice di quella parte della letteratura che si è occupata del tema. Soltanto a decorrere da tale data (2007), infatti, è possibile scorgere un orientamento giurisprudenziale consolidatosi in tal senso. Tra l'altro, la conclusione nel senso del riconoscimento di una proprietà esclusiva dell'opera innovativa in capo al comunista costruttore non sembrerebbe comunque essere scevra da critiche, in quanto essa faceva perno sull'inapplicabilità del meccanismo dell'accessione non chiarendo, al contempo, né a che titolo il comunista costruttore acquisti esclusivamente la titolarità dell'opera, né se l'evento acquisitivo riguardi l'opera innovativa comprensiva dell'area di sedime, oppure soltanto i materiali impiegati per l'esecuzione della stessa, restando l'area di sedime in comproprietà.

⁴⁰ Cass., 22 marzo 2001, n. 4120, il cui testo è reperibile sul sito www.dejure.giuffrè.it.

⁴¹ Vi era una comunione ereditaria avente ad oggetto, tra i tanti beni, anche un fondo sul quale l'attrice lamentava che uno dei comunisti aveva iniziato, e portato poi a termine nelle more del procedimento di primo grado, malgrado l'ordine di sospensione da parte del giudice di prime cure, dei lavori di edificazione senza il consenso degli altri comproprietari.

La comunista non costruttrice (parte attrice) chiedeva, in un primo momento, la sospensione dei lavori, e, in un secondo momento, la demolizione dell'opera portata a termine, nonché lo scioglimento della comunione ereditaria sul fondo in contestazione; dall'altro canto, i convenuti negavano il diritto di comproprietà all'attrice. Il giudice di prime cure dichiarava l'estinzione del processo relativo alla divisione e condannava i convenuti in solido tra di loro a demolire il capannone realizzato sul terreno in questione. I convenuti pertanto proponevano appello e la Corte adita rigettava il ricorso osservando che, nella specie, non essendo applicabile il principio dell'accessione ed essendo pertanto la costruzione da demolire (il capannone) di proprietà esclusiva degli appellanti che l'avevano realizzata (comunisti costruttori senza il consenso degli altri), non vi era il bisogno di alcun litisconsorzio necessario nei confronti di un'altra comunista, ai fini della richiesta di demolizione dell'opera, in quanto, dovendosi considerare il terreno in questione di proprietà comune e dovendosi considerare la costruzione realizzata in contrasto con le utilizzazioni consentite ai singoli compartecipi dall'art. 1102 c.c., ciascun condomino poteva agire da solo a tutela del suo diritto sulle cose comuni nel caso di lesione dello stesso ad opera di un altro condomino o di un terzo, senza necessità di chiamare in giudizio gli altri condomini, che, nel caso di specie, non risultavano nemmeno proprietari o comproprietari del fabbricato da demolire.

Gli appellanti convenuti, allora, proponevano ricorso chiedendo la cassazione della sentenza; gli eredi della comunista non costruttrice attrice resistevano con controricorso. Nel primo motivo di ricorso i ricorrenti denunciavano che la sentenza della corte di appello era in contrasto con i principi dell'accessione di cui all'articolo 934 c.c., in quanto sarebbe errata l'affermazione secondo cui la costruzione da parte di uno dei comproprietari comporterebbe la separazione della proprietà del suolo da quella della costruzione; pertanto, i ricorrenti sostenevano che doveva essere integrato il contraddittorio anche nei confronti dell'altra comunista non costruttrice, in quanto anch'ella comproprietaria del suolo e del fabbricato costruito su detto suolo, come, d'altronde, era stato fatto nella causa di divisione giudiziaria.

La Corte di Cassazione dichiarava tale motivo infondato confermando quanto affermato dal giudice di appello e corroborando la sua motivazione; in particolare, continuando ad argomentare l'esclusione del litisconsorzio necessario nei confronti dell'altro comunista non costruttore, essendo ella comproprietaria, sì, del terreno, ma, viceversa, né costruttrice, né proprietaria, né comproprietaria del capannone edificato su detto terreno, in quanto sarebbe "errata la tesi cui il principio dell'accessione ex art. 934 c.c. troverebbe applicazione nell'ipotesi di comproprietà del suolo sul quale da taluno dei condomini sia stata realizzata una costruzione in violazione delle norme che, in materia di comunione, disciplinano e limitano il diritto di ciascun condomino all'utilizzazione ed al godimento della cosa comune, con divieto di alterare la destinazione della cosa stessa e di impedire agli altri partecipanti di farne pari uso secondo il loro diritto" e "nel caso in esame con la realizzazione del capannone – in assenza di un accordo tra tutti i partecipanti alla comunione – si è verificata l'attrazione del suolo comune nell'esclusiva sfera giuridica dei condomini costruttori (ossia dei ricorrenti e non anche dell'altra comproprietaria ...(omissis)) con alterazione del rapporto di equilibrio tra le utilizzazioni concorrenti, attuali e anche potenziali, di tutti i comproprietari di detto suolo".

Il giudice di legittimità, pertanto, giunse a riconfermare il principio di diritto secondo cui "all'ipotesi di costruzione eseguita su un fondo comune, non possono trovare applicazione le disposizioni relative all'accessione la cui operatività è subordinata alla mancanza di una diversa disciplina, legale o convenzionale, dei rapporti tra costruzione e proprietà del suolo, ma devono applicarsi le norme in tema di comunione, con la conseguenza che in tale ipotesi la comproprietà della nuova opera sorge in 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 diritto del comproprietario all'uso delle cose comuni. Le opere abusivamente create dai ricorrenti non possono di conseguenza considerarsi beni condominiali per accessione la cui disciplina non è applicabile in tema di condominio non essendo i condomini terzi tra loro".

Tra i seguaci del principio della prevalenza della disciplina sulla comunione a dispetto di quella dell'accessione dovrebbe annoverarsi, poi, anche il giudice di legittimità⁴² chiamato alla risoluzione di una controversia nella quale i proprietari di tre unità immobiliari poste al primo piano di un edificio avevano convenuto in giudizio il proprietario di un'altra unità immobiliare, sita al piano sovrastante del medesimo edificio ma avente accesso dalla scala di altro palazzo adiacente. Il proprietario di quest'ultima unità immobiliare aveva effettuato dei lavori di prolungamento della piccola scala e di costruzione di un torrino sul solaio del secondo piano adiacente al terrazzo di pertinenza degli attori, in tal modo modificando parti del fabbricato di loro esclusiva proprietà e, tra l'altro, ostruendo le luci e le vedute dell'unità immobiliare appartenente ad uno degli attori; pertanto, fu convenuto in giudizio per la demolizione dei manufatti da lui realizzati ed il ripristino dello stato dei luoghi.

Sia in primo che in secondo grado e, infine, anche nel giudizio di legittimità la domanda dei tre proprietari fu accolta condannandosi il convenuto alla demolizione del prolungamento della scala e del torrino sulla base del rilievo che “gli interventi edilizi del ricorrente avevano comportato l'alterazione della destinazione obiettiva della piccola scala, avendovi impresso, non soltanto una evidente diversa consistenza materiale, ma anche una funzione nuova e più gravosa rispetto all'originaria destinazione al servizio esclusivo degli appartamenti ad essa collegati sin dalla costituzione del condominio” e che “l'edificazione del torrino ed il diretto collegamento di tale nuova struttura all'appartamento del...oltre ad impedire agli altri condomini di esercitare un analogo uso, avevano determinato l'incorporazione all'unità immobiliare del comproprietario sia dell'intera struttura e sia che dello spazio aereo sovrastante il bene comune nella sua antecedente ed originaria configurazione”.

Orbene, secondo il giudice, “costituisce *jus receptum* che nell'ipotesi di costruzioni eseguite da un condomino sul suolo comune non trovano applicazione, in presenza della disciplina speciale dettata in tema di comunione le norme relative all'accessione e che costituisce innovazione della cosa

⁴² Cass., 19 novembre 2004, n. 21901, in *Riv. giur. ed.*, 2005, p. 1193.

comune una modificazione della forma o della sostanza del bene che abbia l'effetto di alterarne la consistenza materiale e la destinazione originaria"; pertanto, dopo essere giunto alla conclusione nel senso che "la realizzazione da parte di un comproprietario di un'ulteriore rampa di una scala comune e di un torrino su di un solaio egualmente comune è conseguentemente idonea sia a comportare l'appropriazione da parte sua del vano occupato dalla nuova rampa e della superficie del torrino con l'effetto della definitiva sottrazione di questi all'uso degli altri condomini, e sia ad apportare modifiche strutturali alla scala ed al solaio nella loro primitiva configurazione ed il loro assoggettamento ad un uso, non solo più intenso, ma estraneo a quello originario", ha finito col rigettare il ricorso presentato dal comunista costruttore confermando l'orientamento dei giudici di grado precedente.

A questo punto, come già innanzi accennato, giova insistere col mettere in rilievo come la giurisprudenza sino ad ora passata in rassegna sembrerebbe non essersi adeguatamente dedicata al profilo dominicale della tematica in esame e precisamente a quella concernente la sorte delle opere innovative illecite, in quanto eseguite dal comunista costruttore su bene comune in violazione della relativa normativa dettata in materia sull'uso della cosa comune (artt. 1100 ss. c.c.).

Soprattutto, nella prassi operativa non è risultata chiara la sorte della titolarità delle predette innovazioni e, di conseguenza, le contrattazioni immobiliari hanno risentito dell'incertezza in merito all'individuazione del soggetto legittimato a disporre delle stesse. In altri termini, la problematica che tormentava l'operatore poteva concentrarsi nel seguente quesito: l'opera innovativa eseguita da un solo comunista su cosa comune con altri senza il loro consenso sarebbe di titolarità del *dominus soli* oppure no? Le pronunce innanzi passate in rassegna non sembrerebbero aver precisato nulla in merito ⁴³, essendosi limitate ad affermare una condanna alla demolizione dell'opera innovativa

⁴³ Anche le pronunce più vicine ai nostri giorni sembrerebbero aver tralasciato la problematica. Cfr. Cass., 24 gennaio 2011, n. 1556, reperibile sul sito www.dejure.giuffrè.it, che conclude nel senso dell'inapplicabilità delle norme dell'accessione a favore di quelle della comunione, ritenendo illegittima l'opera edificata da un solo comunista su cosa comune senza il consenso degli altri partecipanti. Alcuni condomini, titolari di un fondo servente di servitù di passaggio anche veicolare, citarono in giudizio i condomini titolari del fondo dominante della detta servitù per la declaratoria di inesistenza, in un tratto terminale di strada, della medesima servitù e per la rimozione di alcune opere edificate da altro condomino su ala di proprietà comune. Il giudice di legittimità, confermò la pronuncia della Corte di Appello dichiarando inesistente la servitù di passaggio relativamente al tratto terminale della strada ed ordinando la rimozione delle opere edificate nell'ala di proprietà comune (precisamente della cisterna interrata e del manufatto in muratura muro), ritenendo illegittime le costruzioni edificate in mancata ottemperanza della disciplina sulla comunione. Significativo è, inoltre,

illegittimamente eseguita, eventualmente accompagnata dal risarcimento del danno subito a seguito del mancato utilizzo della cosa comune. La problematica era analizzata dal punto di vista di una compressione del diritto al pari uso della cosa comune spettante a ciascun comunista (art. 1102 c.c.)⁴⁴. Pertanto, anche sul piano processuale si riconosceva espressamente a ciascun comunista non costruttore la titolarità di un diritto al pari uso della cosa comune che, essendo esercitabile individualmente in giudizio da ciascun titolare, tendenzialmente non richiedeva necessariamente una integrazione del contraddittorio a favore di coloro che avessero optato per non agire in giudizio.

Insomma, sembra il caso di ribadire che il profilo dominicale della questione è restato completamente in secondo piano⁴⁵.

Soltanto a cavallo del nuovo millennio la giurisprudenza, per la prima volta, ha dedicato alla predetta tematica l'attenzione che meritava, affermando che “la disciplina dell'accessione, contenuta nell'art. 934 c.c., si riferisce solo alle costruzioni su terreno altrui: essa, pertanto, non trova applicazione nelle ipotesi di costruzioni eseguite da uno dei comproprietari su suolo comune, cui si applica, invece, la normativa 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, cosicché le opere create da un solo contitolare, in assenza di accordo tra tutti i

osservare che nella pronuncia in commento, non si è ritenuto necessario integrare il contraddittorio con gli altri condomini del suolo, in quanto, non operando la disciplina dell'accessione di cui all'art. 934 c.c., bensì quella della comunione, non vi sarebbe stata alcuna esigenza di integrazione dello stesso. Per quanto concerne il contesto in cui la citata pronuncia è stata richiamata all'attenzione, è significativo rilevare come la stessa si sia limitata ad affermare l'illegittimità delle opere e, pertanto, la loro rimozione, omettendo, al contempo, di prendere espressamente posizione sulla sorte giuridica dell'innovazione.

⁴⁴ Cfr. *infra*, cap. II, par. 3.

⁴⁵ A voler essere precisi, la giurisprudenza, limitandosi ad affermare che a seguito dell'inoperatività dell'accessione il contraddittorio non necessiterebbe di integrazione nei confronti degli altri comunisti non costruttori, sembrerebbe aver spianato la strada a favore di una soluzione interpretativa, seppur aberrante, circa la questione della sorte dominicale delle innovazioni: la non necessità di integrazione del contraddittorio sarebbe giustificata dall'attribuzione della proprietà dell'opera innovativa esclusivamente in capo al comunista costruttore. In realtà, ad una attenta lettura dello spirito informatrice del ragionamento giurisprudenziale, il giudice di legittimità sembrerebbe essersi semplicemente limitato a sostenere che, ai fini della difesa del diritto all'uso del bene comune spettante a ciascun comunista ai sensi e per gli effetti dell'art. 1102 c.c., non sia necessario ed indispensabile un'integrazione del contraddittorio, essendo legittimato ad agire in giudizio per la tutela dello stesso anche ciascun comunista individualmente.

partecipanti alla comunione, non possono considerarsi beni condominiali per accessione, ma vanno considerate appartenenti al comproprietario costruttore e rientranti nella sua esclusiva sfera giuridica”⁴⁶.

Precisamente, il giudice di legittimità è stato chiamato a risolvere una controversia insorta tra due signore che avevano acquistato in comune e *pro indiviso* un terreno sul quale soltanto una delle due edificò un fabbricato composto da quattro appartamenti, tre dei quali vennero dalla stessa venduti, nel corso degli anni, a terzi con tre atti notarili differenti. L'altra comunista non costruttrice, che tra l'altro non aveva partecipato ai predetti atti notarili, si rivolse all'autorità giudiziaria per ottenere l'accertamento della proprietà del fabbricato; il tribunale adito accertò la comune proprietà del fabbricato. A seguito di tale pronuncia ella, quindi, conveniva in giudizio l'altra comunista (costruttrice e venditrice) chiedendo l'accertamento della nullità dei suddetti atti di vendita in virtù del riconoscimento del suo diritto di comproprietà pari al 50% dei beni immobili oggetto di tali alienazioni, oltre al risarcimento del danno. La comunista costruttrice convenuta, costituitasi in giudizio, deduceva che in sede di divisione, anteriore alle suddette vendite, le era stata assegnata la porzione di terreno sul quale insisteva il fabbricato in questione, così entrato a far parte del suo patrimonio per il principio dell'accessione. Il giudizio di primo grado si è concluso in senso favorevole agli eredi della comunista non costruttrice (parte attrice), argomentandosi per la non opponibilità nei loro confronti dei sopra indicati atti di compravendita.

La Corte di Appello ha ribaltato, però, il *dictum* di prime cure, dichiarando l'opponibilità agli eredi della comunista non costruttrice (parte attrice) dei suddetti atti di alienazione, in quanto, da un lato, la sentenza del Tribunale contenente la pronuncia affermativa della comproprietà del fabbricato in questione in capo alle due comuniste (parte attrice e convenuta) non poteva operare nei confronti di un terzo acquirente che aveva acquistato diritti sul detto fabbricato in data antecedente

⁴⁶ Cfr. Cass., 27 marzo 2007, n. 7523, in *Riv. not.*, 2008, p. 612 con nota adesiva di A. M. PEDRON, *La costruzione su suolo di proprietà comune tra principio dell'accessione e regole della comunione*, p. 614.

all'instaurazione della relativa controversia e, dall'altro, gli altri due atti di vendita, a soggetti terzi differenti, erano stati trascritti prima della trascrizione della citata pronunzia.

Si è giunti così, su ricorso degli eredi della comunista non costruttrice e non venditrice (parte attrice del primo grado di giudizio), innanzi al giudice di legittimità, il quale, confermando la posizione assunta dalla Corte di Appello, ha rigettato l'istanza dei ricorrenti, ritenendo però necessario integrare il ragionamento della medesima, essendosi il giudice di merito limitato solo ad una applicazione dei meccanismi della trascrizione e tralasciandosi così ogni considerazione in merito alle relazioni intercorrenti tra principio dell'accessione e regole della comunione.

Il giudice di legittimità, pertanto, in modo significativo ha sostenuto che “come è pacifico nella giurisprudenza di questa Corte, la disciplina dell'accessione, contenuta nell'art. 934 c.c., si riferisce solo alle costruzioni su terreno altrui: essa, pertanto, non trova applicazione nelle ipotesi di costruzioni eseguite da uno dei comproprietari su suolo comune, cui si applica, invece, la normativa 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 all'uso da parte del comproprietario delle cose comuni: pertanto, le opere abusivamente create non possono considerarsi beni condominiali per accessione ma vanno considerati appartenenti al comproprietario costruttore e rientranti nella sua esclusiva sfera giuridica”. In tale ottica, “i tre atti di compravendita...sono validi (trattandosi di vendita effettuata dalla proprietaria del bene) e validamente trascritti...”.

La pronuncia innanzi richiamata risulta particolarmente significativa, in quanto il giudice di legittimità ha avuto modo di occuparsi anche del delicato profilo della tematica riguardante l'individuazione dei soggetti legittimati al compimento di atti dispositivi dell'opera innovativa esistente su bene comune.

Con siffatta pronuncia, quindi, pur facendosi soltanto riferimento alla “nuova opera”, nonché a quelle “opere abusivamente create”, ed omettendosi qualsiasi riferimento all'area di sedime, in seno alla giurisprudenza sembrerebbe essersi definitivamente consolidato l'orientamento nel senso

dell'inoperatività del meccanismo acquisitivo dell'accessione, laddove i comunisti non costruttori non abbiano prestato il loro consenso all'esecuzione dell'opera innovativa. In tale prospettiva, non potrebbe riconoscersi in capo a tutti i comunisti la comproprietà della nuova edificazione e, pertanto, soggetto legittimato al compimento di atto dispositivi sulla medesima sarebbe esclusivamente il comunista autore della stessa, essendo egli l'esclusivo titolare. Viceversa, nel caso in cui i comunisti non costruttori prestino il loro assenso all'esecuzione dell'innovazione, o comunque la stessa sia stata eseguita nel fedele rispetto delle norme sui limiti all'uso della cosa comune, secondo il ragionamento della citata giurisprudenza, la comproprietà dell'opera medesima dovrebbe sorgere in capo a tutti i comunisti del suolo (costruttori e non) e, pertanto, soggetti legittimati al compimento degli atti dispositivi della stessa sarebbero tutti i comunisti del suolo, essendo essi i rispettivi comproprietari⁴⁷. Anche in tale pronuncia, però, non risulta adeguatamente chiaro se l'acquisto della comproprietà

⁴⁷ Siffatta impostazione avrebbe anche notevoli ripercussioni nella circolazione dei beni immobiliari sul mercato: basti pensare all'onere incombente sul notaio, ai fini della certezza giuridica della contrattazione, ogni volta che gli si prospetta la fattispecie in esame, di eseguire oltre alle consuete verifiche ipo-catastali, anche un accertamento circa la sussistenza o meno del consenso dei comunisti non costruttori in merito all'esecuzione dell'opera innovativa da parte soltanto di uno di essi. Nell'ottica del ragionamento del giudice di legittimità, laddove sia stato prestato il consenso da tutti i comunisti e quindi la disciplina sull'uso della cosa comune (art. 1102 c.c.) sia stata fedelmente rispettata, soggetti legittimati a disporre sarebbero tutti i comunisti del suolo (costruttori e non); viceversa, laddove l'opera innovativa dovesse ritenersi illegittima in quanto eseguita in assenza del predetto consenso o comunque in violazione della normativa sulla comunione, soggetto legittimato a disporre sarebbe esclusivamente il comunista costruttore. Orbene, se in linea teorica siffatta impostazione non ostacolerebbe in alcun modo l'attività notarile, viceversa, sul piano pratico si finirebbe inevitabilmente per gravare in modo eccessivo l'attività notarile, la quale sarebbe legittimamente espletata non soltanto con il compimento delle consuete visure ipo-catastali, ma necessiterebbe di un'ulteriore attività di accertamento circa la sussistenza o meno del consenso eventualmente prestato da tutti i comunisti non costruttori che, tra l'altro, non sarebbe chiaro a mezzo di quali strumenti dovrebbe ritenersi compiutamente espletata. In altri termini, non è chiaro se ai fini del corretto espletamento di siffatta ulteriore attività di accertamento siano o meno bastevoli i titoli abilitativi edilizi, che tra l'altro non sono soggetti ad alcuna forma pubblicitaria e molte volte sono intestati alla ditta costruttrice e non al committente proprietario, oppure l'esibizione da parte dell'amministratore della comunione o comunque di colui che, presentandosi innanzi al notaio, si reputi essere legittimato al compimento del rogito, di una delibera della comunione che autorizzi l'edificazione innovativa: forse, ai fini di una valida prestazione del consenso da parte degli altri comunisti non costruttori e, quindi, della legittimità dell'atto notarile dispositivo, dovendosi reputare necessario un vero e proprio consenso negoziale, prestato contestualmente al rogito notarile o comunque anche separatamente da tutti i comunisti. Ad ogni modo, a prescindere dalla risoluzione di suddetta problematica, l'espletamento corretto dell'attività notarile rischierebbe di risentirne sul piano della certezza giuridica, in quanto non sarebbe comunque chiaro se il consenso prestato dai comunisti non costruttori, ora a mezzo di delibera ed ora di negozio, possa o meno essere oggetto di pubblicità nei RR.II. Infine, in tale ottica non è chiaro come dovrebbe comportarsi il notaio incaricato, laddove dovesse mancare siffatta delibera o negozio. Probabilmente, per esonerare il notaio rogante da ogni responsabilità professionale al riguardo, basterebbe rendere pienamente edotta la parte acquirente dell'opera innovativa circa il pericolo futuro che gli altri comunisti non costruttori possano accampare delle pretese, laddove non sia constatato il loro assenso all'esecuzione della stessa. Sul punto, v. G. A. M. TRIMARCHI, *Edificazione su suolo comune da parte del comunista senza il consenso degli altri* (Studio civilistico n. 175-2008/C, approvato dalla Commissione Studi Civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato il 29 maggio 2008).

dell'opera innovativa a favore di tutti i comunisti sia diretta ed immediata conseguenza dell'operatività del meccanismo generale dell'accessione⁴⁸.

In altri termini, il nucleo essenziale del ragionamento di tale giurisprudenza dovrebbe ravvisarsi nel fatto che l'operatività del principio "*superficies solo cedit*" sarebbe subordinata al rispetto della normativa dettata in materia di comunione e precisamente di quella sui limiti all'uso della cosa comune (art. 1102 c.c.), i comunisti acquistando la comproprietà dell'opera innovativa soltanto laddove la predetta normativa sia stata fedelmente rispettata. Il sistema sembrerebbe, insomma, ruotare attorno al rispetto o meno della normativa da ultimo richiamata: la violazione della stessa legittimerebbe una sorta di espropriazione acquisitiva in capo al solo comunista costruttore ed a scapito dei comunisti non costruttori; il fedele rispetto della medesima, viceversa, comporterebbe l'automatico acquisto della comproprietà in capo a tutti i comunisti del suolo, escludendo il predetto effetto espropriativo.

Il vero punto nevralgico di siffatta impostazione dovrebbe ravvisarsi, però, proprio nella soluzione data all'ipotesi in cui la disciplina sulla comunione sia stata rispettata, in quanto la giurisprudenza, limitandosi a riconoscere l'acquisto della comproprietà dell'opera innovativa in capo a tutti i comunisti, non chiarisce al contempo se in suddetta fattispecie il meccanismo acquisitivo dell'accessione possa trovare o meno applicazione⁴⁹.

Ancora una volta, è appena il caso di rilevare come la giurisprudenza di legittimità non abbia ritenuto opportuno addivenire alla risoluzione della problematica concernente la sorte della costruzione eseguita da un solo comunista su suolo comune senza il consenso degli altri, concentrando la propria attenzione *in primis* sul rapporto intercorrente tra l'istituto dell'accessione e quello della

⁴⁸ L'incertezza in merito scaturisce dal fatto che il giudice di legittimità, in un primo momento, ha affermato che la disciplina dell'accessione di cui all'art. 934 c.c. non potrebbe trovare alcuna applicazione nel caso di costruzione eseguita da un solo comproprietario su suolo comune, riferendosi la predetta normativa "solo alle costruzioni su terreno altrui" e, pertanto, applicandosi al caso di specie esclusivamente quella dettata in materia di comunione; soltanto in un secondo momento risulta rilevato che "la comproprietà della nuova opera sorgerà a favore dei condomini non costruttori solo se essa sia stata realizzata in conformità di detta disciplina". A ben vedere, quindi, con siffatta impostazione non si riuscirebbe a comprendere se l'acquisto della comproprietà della nuova opera dipenda dalla diretta ed immediata applicabilità della disciplina dettata in materia di accessione oppure dal rispetto di quella relativa alla comunione.

⁴⁹ Non a caso, come sarà più ampiamente messo in evidenza nel prosieguo, è cronaca dei nostri giorni la riemersione della questione circa il rapporto intercorrente tra l'istituto dell'accessione e quello della comunione.

comunione. Si è preferito, invece, senz'altro, attribuire al consenso dei comunisti non costruttori ed alla normativa di cui all'art. 1102 c. c. un ruolo di primaria importanza, omettendosi, al contempo, di analizzare nello specifico la citata normativa che, tra l'altro, sembra presentarsi di non facile intelligibilità⁵⁰.

In effetti, siffatta impostazione potrebbe trovare giustificazione soltanto laddove fosse stata riportata alla luce la *ratio* ispiratrice della predetta normativa e contestualmente definita la reale portata circa i limiti imposti nell'uso della cosa comune da parte di ciascun comunista, nel senso che lo stesso “non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso secondo il loro diritto”, nonché nella parte in cui riconosce a ciascun comunista il potere di “apportare a proprie spese le modificazioni necessarie per il miglior godimento della cosa”, al contempo identificando nel “danno degli altri partecipanti” il limite del legittimo esercizio di siffatto diritto di sfruttamento della cosa comune⁵¹.

Ancora, sempre ai fini di una piena giustificazione di siffatta impostazione giurisprudenziale, necessaria sarebbe sembrata un'analisi sotto il diverso profilo sanzionatorio, nonché degli eventuali rimedi esperibili dagli interessati, laddove la normativa da ultimo richiamata non fosse stata fedelmente rispettata. In altri termini, necessario sarebbe stato verificare se il rimedio annoverabile nel campo di applicazione della normativa dettata in materia di comunione (art. 1102 c.c.), di fronte all'esecuzione di un'opera innovativa ritenuta illegittima, potesse davvero identificarsi nell'acquisto automatico della proprietà della stessa innovazione in capo al solo comunista costruttore (c.d. effetto espropriativo acquisitivo) o, piuttosto, lo stesso dovesse essere confinato al campo di applicazione dell'azione ripristinatoria dello *status quo ante* accompagnata dal risarcimento del danno.

Soltanto a seguito di un'accurata analisi di tutta la normativa dettata in materia di comunione, sarebbe dovuto essere possibile arguire che, nel caso di mancato rispetto della stessa, la relativa

⁵⁰ Cfr. *infra*, cap. IV, par. 1 e 5.

⁵¹ Cfr. *infra*, cap. II, par. 3.

sanzione sia di natura dominicale, realizzandosi un effetto espropriativo acquisitivo in favore del solo comunista costruttore.

In altri termini, soltanto laddove dal testo normativo di riferimento fosse possibile individuare nel consenso prestato dal comunista non costruttore l' idoneità ad incidere sul profilo dominicale della problematica, sarebbe consentito concludere che l' operatività dell' accessione sia condizionata dall' esistenza o meno del predetto consenso⁵².

Probabilmente, insomma, la causa dell' insuccesso cui era destinata l' impostazione nel senso della prevalenza della normativa dettata in materia di comunione rispetto a quella dell' accessione dovrebbe essere ravvisata nell' ostinato tentativo, a lungo protrattosi nel corso degli anni, di continuare ad omettere, nell' analisi della problematica in questione, una netta distinzione fra il profilo dei rapporti interni, da un lato, e quello dei rapporti esterni, dall' altro. Soltanto una netta distinzione dei predetti piani di indagine dell' analisi avrebbe potuto condurre a risultati più solidi. Solo così, è da credere che, anche laddove fosse stata fedelmente rispettata la normativa dettata in materia di comunione e quindi sussista il consenso dei comunisti non costruttori, si sarebbe pervenuti a soluzioni più lineari, rispetto all' idea di subordinare l' operatività dell' acquisto dell' opera innovativa a favore di tutti i comunisti o, in alternativa, del solo comunista costruttore alla semplice sussistenza o meno del consenso degli altri comunisti non costruttori⁵³.

Tenendo nettamente distinti, cioè, il profilo del rapporto esterno (di natura dominicale) da quello interno (di natura gestoria ed amministrativa), con maggiore facilità sarebbe stato possibile addivenire alla conclusione che il consenso del comunista non costruttore, sotto il profilo del rapporto dominicale, non avrebbe avuto altra funzione che quella di consolidare e rafforzare nel tempo l' effetto acquisitivo della titolarità dell' opera innovativa già prodottosi automaticamente (*ex art. 934 c.c.*) al momento della venuta ad esistenza della stessa su suolo comune⁵⁴: il predetto consenso, questa volta

⁵² Cfr. *infra*, cap. IV.

⁵³ Cfr. *infra*, cap. IV, par. 1 e 5.

⁵⁴ In tale ottica, il consenso prestato dal comunista non costruttore potrebbe operare analogamente ad un evento dedotto sotto condizione.

sotto il profilo del rapporto obbligatorio intercorrente tra comunisti, opererebbe, poi, in senso preclusivo dell'esperibilità dei rimedi contemplati dall'art. 936 c.c., nonché di quelli eventualmente individuati dall'interprete, nel caso in cui si dovesse ritenersi violata la normativa riguardante i limiti all'uso della cosa comune (art. 1102 c.c.)⁵⁵.

In altri termini, così facendosi, sarebbe stato possibile concludere come il consenso dei comunisti del suolo non costruttori potesse, al contempo, operare in modo differente sia sul piano dei rapporti interni che di quelli esterni⁵⁶.

In tale prospettiva, sarebbe stato conseguentemente possibile rilevare con maggiore linearità di pensiero come, anche laddove la normativa sulla comunione non fosse stata rispettata o, comunque, il consenso di tutti gli altri comunisti non costruttori dovesse ritenersi inesistente, l'opera innovativa potesse venire devoluta automaticamente (*ope legis*), sin dal momento della sua venuta ad esistenza sul bene comune, a favore di tutti i comunisti costruttori e non, dovendosi attribuire al mancato consenso dei comunisti non costruttori, sotto il profilo dominicale, solo la funzione di rimuovere parzialmente gli effetti acquisitivi già prodottisi (*ex lege*) anche nei loro confronti⁵⁷ e, sotto il profilo del rapporto obbligatorio intercorrente tra i comunisti, quella di presupposto necessario ai fini dell'esperimento di uno dei rimedi contemplati dall'art. 936 c.c., nonché di una richiesta di risarcimento del danno⁵⁸.

⁵⁵ Sul piano dei rapporti interni tra i comunisti, il consenso dei comunisti non costruttori potrebbe operare analogamente ad un atto di ratifica rivolto all'attività posta in essere dal comunista costruttore, riconducendolo nello specifico nel campo di applicazione della gestione d'affari altrui *ex art.* 2032 c.c., oppure di quello del mandato *ex art.* 1703 c.c.; ancora, il predetto consenso potrebbe essere ricondotto anche nella categoria degli atti di rinuncia di credito, riconducendolo, in particolare, nel campo dell'arricchimento senza causa od in quello dell'obbligazione naturale *ex art.* 2034 c.c.

⁵⁶ Cfr. *infra*, cap. IV, par. 5.

⁵⁷ In tale ottica, a siffatto comportamento omissivo sarebbe stato possibile assegnarsi una funzione analoga a quella di un atto di rinuncia implicita o per *facta concludentia*. Sul piano dei rapporti esterni di natura dominicale sarebbe stato possibile ricondurre il mancato consenso degli altri comunisti nel novero degli atti di rinuncia di diritto reale immobiliare (suolo comune o opera innovativa) oppure nel campo della rinuncia delle azioni petitorie e possessorie a ciascun comunista spettante; ancora, il predetto mancato consenso dei comunisti non costruttori, sarebbe stato possibile ricondurlo anche nell'area degli atti costitutivi di un diritto di superficie. In altri termini, il mancato consenso opererebbe analogamente ad un evento dedotto sotto condizione risolutiva o sospensiva dell'acquisto della proprietà dell'innovazione in favore di tutti i comunisti del suolo (costruttori e non).

⁵⁸ Cfr. *infra*: cap. III, par. 5 e 6; cap. IV.

D'altronde, anche nell'ottica della dottrina che ha avuto modo di occuparsi approfonditamente della tematica delle innovazioni eseguite su suolo comune, si è avuto modo di rilevare come la scelta di attribuire la titolarità dell'opera innovativa ora esclusivamente in capo al solo comunista costruttore ed ora a tutti i comunisti (costruttori e non) non dipenderebbe tanto dall'esistenza o meno del consenso di tutti i comunisti della cosa comune o, comunque, dal rispetto della normativa dettata in materia, quanto piuttosto dalla tipologia di opera materialmente ed obiettivamente eseguita ⁵⁹.

Pertanto, diversamente argomentandosi nel senso che la comproprietà dell'opera innovativa sorga in favore di tutti i comunisti (costruttori e non) soltanto laddove la disciplina dettata in materia di comunione fosse stata fedelmente rispettata, e dunque esista il consenso dei comunisti non costruttori, si è finito con l'assegnare al consenso medesimo un ruolo che sembrerebbe risultare privo di collocazione precisa all'interno dell'ordinamento giuridico vigente. Anzi, come si avrà modo di mettere in risalto nel prosieguo del lavoro⁶⁰, l'ordinamento giuridico, ai fini dell'operatività del meccanismo acquisitivo dell'accessione, non sembrerebbe presupporre alcun atto consensuale da parte del *dominus soli*⁶¹: l'accessione, quale modalità d'acquisto della proprietà a titolo originario (art. 922 c.c.), opererebbe per la semplice congiunzione di un'opera o piantagione ad un suolo, essendo irrilevante, ai fini dell'effetto acquisitivo, un atto volitivo da parte di colui che esegue l'opera oppure del *dominus soli*.

A questo punto, come già dianzi accennato, pare appena il caso di ribadire come soltanto ponendo l'accento sulla normativa dettata in materia di accessione (art. 934 c.c.) sarebbe possibile qualificare la disciplina sulla comunione come ipotesi derogatoria della prima. In effetti, soltanto laddove sia dimostrato che la disciplina sulla comunione possa annoverarsi nella locuzione "salvo che risulti diversamente dal titolo o dalla legge" di cui all'art. 934 c.c., pare, poi, possibile arguire in modo adeguatamente piano la specialità della stessa rispetto a quella sull'accessione. In tale prospettiva, tuttavia, soltanto una lettura superficiale della norma da ultimo citata pare possa condurre ad

⁵⁹ Sul punto, v. G. BRANCA, *op. cit.*, p. 55 ss.

⁶⁰ Cfr. *infra*, cap. III.

⁶¹ V. per tutti C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 243 ss.

annoverare la disciplina sulla comunione nella locuzione “salvo che risulti diversamente dal titolo o dalla legge”, in quanto, ponendosi, invece, nell’angolo visuale della normativa dettata in materia di comunione, non potrebbe ravvisarsi nella stessa una vera e propria deroga rispetto a quella dettata in materia di accessione. Precisamente, la disciplina contenuta nell’art. 1102 c.c., pur essendo di non facile intellegibilità, e, quindi, interpretabile in diverso modo, sembrerebbe, almeno per limitarsi al suo significato strettamente letterale, molto lontana dall’affermare che, in caso di relativa violazione, in capo al comunista costruttore sorga automaticamente un effetto espropriativo a carico degli altri comunisti non costruttori: la normativa sembrerebbe limitarsi, cioè, a delimitare l’uso della cosa comune da parte di ciascun comunista, tralasciando completamente il profilo sanzionatorio nel caso di sua eventuale violazione⁶².

Ad ogni buon conto, d’altronde, l’impostazione nel senso della prevalenza della disciplina della comunione rispetto a quella dell’accessione, sembrerebbe non essere facilmente riconducibile all’interno del sistema giuridico considerato nella sua globalità. Infatti, nel caso in cui uno solo dei comproprietari di un fondo comune con altri esegua sul medesimo, di sua volontà e senza consenso di questi, un’opera innovativa, al contempo commettendo, in assenza di titoli abilitativi, un reato di abuso edilizio, il giudice penale di legittimità⁶³ sembrerebbe aver privilegiato, dal punto di vista

⁶² Cfr. *infra*, cap. II, par. 3 e cap. IV.

⁶³ Cfr. Cass. pen., 19 maggio 2016, n. 38492, in *Cass. pen.*, 2017, XI, p. 4187, la quale, nell’esaminare la sussistenza o meno della responsabilità penale per reato edilizio (precisamente la nuda proprietaria di un terreno, sito in zona sismica e sottoposta a vincolo paesaggistico, era accusata di aver realizzato un manufatto in cemento armato, ampio 735,44 metri cubi e composto da seminterrato e due elevazioni fuori terra, circondato da muri perimetrali in pietra calcarea, con cancelli in ferro sostenuti da pilastri anche in cemento armato, ottenuto dalla demolizione e ricostruzione di un precedente fabbricato rurale) della nuda proprietaria e/o del usufruttuario, richiamando il principi della responsabilità penale personale, del *favor rei*, del “*cui prodest*”, dell’accessione ex artt. 934 ss. c.c., sia nel caso di opera abusiva eseguita da un terzo che di opera abusiva eseguita da un solo comproprietario su suolo comune, giunge alla conclusione di annullare senza rinvio la sentenza della corte di appello per prescrizione dei reati ascritti; precisamente, la Corte giunge a tale conclusione argomentando che, ai fini dell’accertamento del reato urbanistico, vi deve essere netta differenza tra la “situazione di proprietario” o comunque di “titolare di altro rapporto giuridicamente qualificato” e quella di “committente” e “costruttore dei lavori”, oltre a quella di titolare del permesso di costruire, quando rilasciato, e di direttore dei lavori, quando nominato, in tal modo escludendo l’automatica attribuzione al titolare del diritto reale sul terreno della modificazione del bene oggetto del reato (la Corte afferma: “automatismo escluso persino dal legislatore (cfr., sul punto, la disciplina civilistica delle accessioni nei casi, in particolare, previsti dagli artt. 936 e 937 c.c.)”); modificazione che, come più volte precisato dalla Corte, potrebbe essere compiuta benissimo da un terzo o, comunque, da un altro comproprietario della terra (si pensi al coniuge o persona convivente). Nello stesso senso dell’applicabilità del principio dell’accessione nel caso in cui l’edificazione da parte di un solo comunista si sostanzia anche in un reato edilizio sono: Cass. pen., 21 gennaio 2016, n. 6126, in *Riv. giur. ed.*, 2016, III, Parte Prima, p. 378, nella quale, facendosi espresso riferimento anche all’ipotesi del reato edilizio commesso da un solo comproprietario (committente), si è affermato che “questa Corte ha ripetutamente affermato che, in tema di reati edilizi, la responsabilità del proprietario o comproprietario

civilistico, la disciplina dell'accessione rispetto a quella della comunione, riconoscendo la comproprietà dell'innovazione in capo a tutti i comunisti del suolo (costruttori e non). Precisamente, la Suprema Corte⁶⁴ è giunta a risolvere una questione di rilevanza penale, facendo espresso riferimento anche all'ipotesi di edificazione abusiva eseguita da uno solo dei comunisti senza il consenso degli altri, ripetutamente rilevando, allo stesso tempo, che il profilo penale andrebbe tenuto nettamente distinto da quello civile e che, pertanto, “si è così giustamente affermato, in termini generali, che la responsabilità del proprietario per la realizzazione di costruzione abusiva deve essere ricostruita sulla base di indizi e presunzioni gravi, precise e concordanti, desumibili certamente anche dalla disponibilità giuridica e di fatto del suolo e dal suo interesse specifico alla realizzazione del manufatto ivi esistente, pure allo stesso appartenente in virtù della disciplina civilistica dell'accessione”.

non committente non può essere oggettivamente dedotta dal diritto sul bene né può essere configurata come responsabilità omissiva per difetto di vigilanza, attesa l'inapplicabilità dell'articolo 40 c.p., comma 2, ma deve essere dedotta da indizi ulteriori rispetto all'interesse insito nel diritto di proprietà, idonei a sostenere la sua compartecipazione, anche morale, al reato”. In particolare, “si è evidenziato che questa responsabilità può dedursi da elementi quali la piena disponibilità della superficie edificata, l'interesse alla trasformazione del territorio, i rapporti di parentela o affinità con l'esecutore del manufatto, la presenza e la vigilanza durante lo svolgimento dei lavori, il deposito di provvedimenti abilitativi (anche in sanatoria), la fruizione dell'immobile secondo le norme civilistiche sull'accessione, nonché tutti quei comportamenti (positivi o negativi) da cui possano trarsi elementi integrativi della colpa e prove circa la compartecipazione – anche morale – alla realizzazione del fabbricato; una responsabilità, dunque, che può essere desunta da elementi oggettivi di natura indiziaria e la cui valutazione si sottrae al sindacato di legittimità, se congruamente motivata”. Secondo la giurisprudenza citata, l'operatività della regola generale dell'accessione potrebbe indefettibilmente scorgersi anche nel caso in cui l'innovazione sia da annoverarsi nella categoria dei reati edilizi: la problematica della sussistenza o meno anche in capo al comunista non costruttore e committente dell'opera edilizia abusiva della responsabilità penale sulla base di una asserita responsabilità oggettiva, troverebbe proprio fondamento dall'operatività del meccanismo acquisitivo dell'accessione dell'innovazione (corpo del reato) in favore anche del comunista non costruttore e committente; diversamente argomentandosi, il profilo della responsabilità penale del comunista non costruttore sarebbe problematica sterile di conseguenze, laddove si dovesse negare l'operatività del principio dell'accessione: il comunista non costruttore non acquisterebbe la contitolarità dell'innovazione (corpo del reato) e pertanto nessuna responsabilità potrebbe essergli imputata; Cass. pen., 16 aprile 2009, n. 15926, in *Riv. giur. ed.*, 2016, III, Parte Prima, p. 379, la quale ha precisato che anche la residenza all'estero del proprietario dell'area ove è realizzato un abuso edilizio non impedisce l'attribuibilità del reato a tale proprietario, che risponde quale committente e non quale materiale esecutore: la sua veste di proprietario del fondo rustico, risultante dalla visura catastale, pur non avendo valore di piena prova ai fini fiscali, è elemento gravemente indiziante a fini penali, ove si consideri che, per accessione, il soggetto che si assume estraneo, diventa comunque proprietario anche del manufatto abusivamente realizzato; Cass. pen., 24 maggio 2007, n. 35376, in *Cass. pen.*, 2008, IX, p. 3424, secondo la quale, con riferimento ad una fattispecie nella quale è stato ritenuto elemento indiziario sufficiente, in mancanza di ogni altra contraria risultanza probatoria, l'interesse del proprietario del suolo alla realizzazione del manufatto ivi esistente, pure allo stesso appartenente in virtù della disciplina civilistica dell'accessione, afferma la responsabilità del proprietario per la realizzazione di costruzione abusiva ove sia ricostruita sulla base di indizi e presunzioni gravi, precise e concordanti, desumibili dalla disponibilità giuridica e di fatto del suolo; Cass. pen., 15 luglio 2005, n. 26121, in *Riv. pen.*, 2006, p. 847, la quale, sempre in tema di responsabilità penale del proprietario non committente, ha precisato che in materia di reati edilizi la responsabilità del proprietario, qualora non sia committente o esecutore dei lavori, può ricavarsi da indizi precisi e concordanti quali l'assenza di manifestazioni di dissenso e la fruizione dell'opera secondo le norme civilistiche dell'accessione; Cass. pen., 22 gennaio 2003, n. 10632, in *Cass. pen.*, 2017, XI, p. 4187.

⁶⁴ V. Cass. pen., 19 maggio 2016, n. 38492, cit.

In altri termini, il giudice penale di legittimità, facendo espresso riferimento al caso del “comproprietario non committente quale soggetto responsabile dell’abuso edilizio”⁶⁵, in quanto colui che ha presentato la domanda di condono edilizio, soggetto presente in loco e vigilante nell’esecuzione dei lavori, e giungendo alla conclusione che la titolarità di un diritto reale su un immobile costituisce solo un “indizio grave (non sempre univoco) di colpevolezza”⁶⁶, sembrerebbe, infatti, sancire la regola secondo cui la commissione di un reato edilizio non avrebbe alcuna influenza sull’operatività del meccanismo acquisitivo dell’accessione di cui agli artt. 934 ss. c.c.

Insomma, la posizione assunta dal giudice di legittimità, sembrerebbe suggerire che la soluzione reputata più idonea ad essere ricondotta all’interno del sistema giuridico inteso nella sua globalità dovrebbe essere quella nel senso dell’operatività del meccanismo acquisitivo dell’accessione anche nel caso in cui sia solo un comunista costruttore, senza il consenso degli altri, ad eseguire l’innovazione al contempo commettendo un reato edilizio. In una simile prospettiva, allora, così come la commissione di un illecito penale (reato edilizio) sia da reputarsi insuscettibile di influenzare la fattispecie acquisitiva da ultimo richiamata, analogamente dovrebbe arguirsi che la commissione di un illecito civile (quale il mancato rispetto della normativa dettata in materia di comunione e precisamente il mancato consenso degli altri comunisti non costruttori) non abbia alcuna ripercussione sul profilo dominicale della vicenda⁶⁷.

Infine, l’elevato indice di precarietà dell’orientamento innanzi passato in rassegna, nel senso dell’inoperatività del meccanismo acquisitivo dell’accessione a favore della disciplina dettata in materia di comunione, potrebbe trovare conferma nella totale assenza, quanto al ragionamento seguito dal predetto orientamento, di un’analisi approfondita circa il profilo della problematica concernente la natura giuridica della responsabilità da imputare al comunista costruttore.

Nella quasi totalità delle pronunce, in effetti, non è chiaro se in capo al comunista costruttore, in caso di mancato rispetto della normativa sull’uso della cosa comune (art. 1102 c.c.), potesse o

⁶⁵ V. Cass. pen., 19 maggio 2016, n. 38492, cit.

⁶⁶ V. Cass. pen., 19 maggio 2016, n. 38492, cit.

⁶⁷ Cfr. *infra*, cap. III e IV.

meno imputarsi una responsabilità di natura contrattuale o extracontrattuale, pur essendo siffatto profilo della problematica in esame strettamente collegato con quello dell'individuazione degli strumenti sanzionatori esperibili dai comunisti non costruttori in caso di violazione della normativa da ultimo richiamata.

Anche la risoluzione del predetto specifico profilo della problematica sembrerebbe inevitabilmente presupporre un'analisi approfondita della disciplina contenuta nell'art. 1102 c.c., essendo propedeuticamente necessario rilevare, pure ai fini di una corretta individuazione degli strumenti sanzionatori applicabili al caso in esame, la natura nonché la disciplina giuridica in ordine alla responsabilità imputabile al comunista costruttore⁶⁸.

In altri termini, ai fini della corretta ricostruzione della problematica qui al vaglio, sarebbe di fondamentale importanza comprendere se la violazione della normativa da ultimo richiamata sia fonte di responsabilità contrattuale o extracontrattuale e, quindi, se essa comporti delle conseguenze sul solo piano dei rapporti interni oppure anche a quello dei rapporti dominicali.

In tale prospettiva, allora, potrebbe giungersi alla conclusione nel senso dell'operatività della responsabilità extracontrattuale, trovando così applicazione la disciplina di cui gli artt. 2043 ss. c.c., oppure alternativamente di quella contrattuale, applicandosi in tal caso la disciplina di cui all'art. 1223 c.c.⁶⁹. Ancora, nell'ottica dell'orientamento della giurisprudenza innanzi passata in rassegna,

⁶⁸ Cfr. *infra*, cap. II, par. 3.

⁶⁹ In giurisprudenza (Cass., 6 maggio 1972, n. 1391, in *Giust. Civ. Mass.*, 1972, p. 755) è stata avanzata anche l'ipotesi che, sotto il profilo dell'*an debeatur*, il danno ingiusto scaturente dall'uso indebito del bene mediante alterazione del suo godimento sussisterebbe in *re ipsa*, nell'accertata limitazione del diritto di usare parimenti la cosa comune, in tal modo ravvisandosi un'ipotesi di responsabilità oggettiva. Per quanto concerne il *quantum et quomodo debeatur*, come si è cercato di mettere in evidenza nel testo, il discorso è complesso, in quanto non c'è univocità di vedute se esso debba limitarsi al solo risarcimento monetario, nella cui quantificazione soccorreranno i tradizionali criteri del danno emergente e del lucro cessante ex art. 1223 c.c. (Cass., 13 agosto 1985, n. 4427, in *Giust. Civ. Mass.*, 1985, f. 8 -9), oppure a vere e proprie tutele di natura reale (Cass., 30 aprile 1953, n. 1202, in *Foro it. Mass.*, 1953, p. 247; Cass., 16 marzo 1981, n. 1455, in *Giust. Civ. Mass.*, 1981, f. 8), consistenti nella rimozione della fabbrica, o, ancora, a sistemi misti di risarcimento e rimozione (cfr. Cass., 18 aprile 1996, n. 3675, cit.). Senza voler anticipare quanto sarà detto di seguito, basti qui chiedersi se sia corretto o meno lasciare al giudice ampi poteri nello scegliere, di volta in volta – e caso per caso – i criteri da adottare e se sia – una tale scelta – rispettosa dei vari interessi in gioco, potendo essere quest'ultimi differenti al variare delle situazioni concrete, nonché a fronte degli effetti prodottisi con il trascorrere del tempo (si pensi all'intervenuta usucapione).

potrebbe ravvisarsi in capo al comunista costruttore anche un cumulo di responsabilità pecuniaria ed espropriativa⁷⁰.

In ogni caso, è doveroso rilevare come una corretta risposta al quesito non potrebbe prescindere da un'accurata analisi della disciplina contenuta nell'art. 1102 c.c.⁷¹.

Invero, siffatta disciplina, limitandosi a disporre che ciascun partecipante “può servirsi della cosa comune, purchè non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso secondo il loro diritto”, al contempo, però, non potendo il medesimo “estendere il suo diritto sulla cosa comune in danno degli altri partecipanti, se non compie atti idonei a mutare il titolo del suo possesso”, non sembrerebbe prendere netta posizione in merito all'individuazione della sanzione applicabile nel caso di violazione del diritto al pari uso e godimento della cosa comune da parte del comunista costruttore, neanche nella parte in cui acconsente “a tal fine...apportare a proprie spese le modificazioni necessarie per il miglior godimento della cosa”. Sennonché, restando nella prospettiva della giurisprudenza dianzi passata in rassegna nel senso della prevalenza della normativa sulla comunione (art. 1102 c.c.) su quella dell'accessione (art. 934 c.c.), essendo la prima di natura derogatoria della seconda, la sanzione applicabile al caso di specie dovrebbe necessariamente essere individuata dalla disciplina dettata in materia di comunione, la quale, si ricorda ancora una volta, invece, omette di prendere espressamente posizione in merito⁷².

A questo punto, non può non rilevarsi come, nell'ottica del tradizionale insegnamento nel senso della tipicità assoluta dei diritti reali e degli strumenti a loro tutela⁷³, sembrerebbe azzardato arguire dal silenzio della normativa sull'uso della cosa comune da parte di tutti i comunisti (art. 1102 c.c.) l'intenzione del legislatore di sanzionare il comunista costruttore con strumenti di natura tipicamente reali quali la rimozione delle opere innovative ed il ripristino dello stato luoghi o, addirittura,

⁷⁰ In seno all'orientamento favorevole all'applicabilità della disciplina della comunione a discapito di quella sull'accessione, come si è già messo in evidenza, costante è la convinzione che in capo al comunista autore della costruzione illegittimamente eseguita debba imputarsi non solo una responsabilità pecuniaria ma anche di carattere dominicale, egli divenendo titolare esclusivo dell'opera innovativa.

⁷¹ Cfr. *infra*, cap. II, par. 3.

⁷² Cfr. *infra*, cap. II, par. 3.

⁷³ V. per tutti C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 22 ss.

l'acquisizione espropriativa in favore del solo comunista costruttore. Per attribuire valido fondamento a siffatta conclusione, viceversa, la normativa da ultimo richiamata avrebbe dovuto, in effetti, necessariamente attribuire i predetti strumenti di tutela di natura reale in capo al comunista non costruttore leso nell'uso e nel godimento paritario della cosa comune.

Di conseguenza, a meno che non si voglia mettere in discussione il tradizionale insegnamento innanzi richiamato, e contrariamente a quanto asserito dalla prevalente giurisprudenza fedele al dogma della comunione, non sembrerebbe condivisibile la conclusione nel senso dell'applicabilità di una sanzione di natura reale di tipo demolitorio e ripristinatorio⁷⁴, nella maggioranza dei casi accompagnata anche da una sanzione pecuniaria, e dell'operatività esclusivamente a favore del comunista costruttore di una sanzione espropriativa acquisitiva⁷⁵ avente ad oggetto l'opera innovativa.

In altri termini, quel che si sta tentando qui di mettere in evidenza è l'alternativa tra due soluzioni: o si prende coscienza del fatto che la disciplina della comunione, non prendendo espressamente posizione in merito all'individuazione della sanzione applicabile in caso di sua violazione, opererebbe sul solo piano dei rapporti interni intercorrenti tra i comunisti, attribuendosi in capo ai comunisti non costruttori il diritto a ricevere soltanto un risarcimento di natura pecuniaria; oppure si continua a sostenere che, nonostante la normativa richiamata sul punto non possa ritenersi esaustiva, la violazione sull'uso paritetico della cosa comune abbia delle conseguenze anche sul piano dei rapporti reali, violandosi il secolare insegnamento in tema di diritti reali⁷⁶.

Probabilmente, quest'ultima soluzione potrebbe essere condivisa soltanto laddove fosse possibile rinvenire una normativa specifica che attribuisca espressamente in capo ai comunisti non costruttori i predetti strumenti di tutela di natura reale; tuttavia, proprio la normativa dettata in materia di accessione (art. 936 c.c.), la quale, alludendo espressamente a strumenti di tutela a favore del *dominus soli*, sembrerebbe poter corroborare la posizione venutasi a creare in seno alla prevalente

⁷⁴ In tal senso, cfr. Cass., 27 agosto 1986, n. 5242, cit.; Cass., 23 febbraio 1987, n. 1911, il cui testo integrale è reperibile su www.dejure.giuffrè.it; Cass., 30 marzo 1993, n. 3853, cit.; Cass., 4 febbraio 1998, n. 1134, cit..

⁷⁵ Cfr. Cass., 27 marzo 2007, n. 7523, cit.

⁷⁶ Cfr. *infra*, cap. II, par. 3 e cap. IV.

giurisprudenza, è stata da quest'ultima ritenuta espressamente inoperante per mancanza di terzietà fra comunisti.

In conclusione, sintetizzando, la scelta di regolamentare la sorte delle opere innovative eseguite su suolo comune da parte di un solo comunista senza il consenso degli altri nel senso di attribuire esclusivamente al primo la titolarità delle stesse, sulla base della affermata prevalenza della normativa dettata in materia di comunione rispetto a quella sull'accessione, ha trovato terreno fertile, nonostante le criticità dianzi messe in evidenza, per tutta la metà del secolo scorso e per buona parte dell'attuale secolo nelle aule giudiziarie⁷⁷.

Ad ogni buon conto, però, l'idea che il meccanismo acquisitivo dell'accessione in materia di comunione non potesse trovare applicazione in un ordinamento, quale il nostro, informato al principio della tassatività dei diritti reali e delle modalità di acquisto degli stessi, è sempre stata avvertita con scetticismo e diffidenza dalla giurisprudenza medesima⁷⁸.

Non a caso, infatti, proprio un generale senso di insoddisfazione avverso la soluzione offerta ad una tematica così delicata protrattasi a lungo nel corso degli anni ha condotto inevitabilmente alla nascita di un orientamento giurisprudenziale che, in contrapposizione al primo, predilige quale proprio manifesto l'operatività dell'antico principio dell'accessione.

3. Segue. L'orientamento favorevole all'operatività del principio generale dell'accessione (art. 934 c.c.) in favore dei comproprietari del suolo.

⁷⁷ Già M. BASILE, *op. cit.*, p. 1297, rilevava che “la tesi dell'inapplicabilità delle disposizioni sull'accessione (o per lo meno quelle degli artt. 936 e 938 c.c.) nei rapporti fra condomini può considerarsi oggi *communis opinio*”, al contempo osservando che “la dottrina italiana sotto il codice attuale ha finito con accogliere la tesi ancora oggi prevalente dell'inapplicabilità degli artt. 936 e 938 in materia di comproprietà”. In effetti, le oscillazioni in tema di innovazioni sulla cosa comune presero le mosse proprio dalla letteratura giuridica, i cui riflessi si produssero ben presto anche nella elaborazione giurisprudenziale meno recente, conducendo a decisioni contrastanti, finché con la legislazione vigente la tesi dell'incompatibilità fra l'accessione e la comunione non si è decisamente affermata (M. BASILE, *op. cit.* p. 1299).

⁷⁸ Come innanzi accennato nel testo, la stessa giurisprudenza favorevole all'applicabilità delle norme sulla comunione a dispetto di quelle sull'accessione, molte volte, per esigenze pratiche, è giunta a ribadire l'inapplicabilità dei soli artt. 936 e 938 c.c., al contempo rilevando espressamente l'applicabilità del principio dell'accessione. Per una compiuta rassegna sulla tematica, v. M. BASILE, *op. cit.*, p. 1299.

I più fedeli al meccanismo acquisitivo dell'accessione, in effetti, sono sempre stati convinti che, in forza dell'operatività del principio dell'accessione, le costruzioni eseguite da un solo comunista su area in comproprietà con altri ricadano in comunione *pro indiviso* a tutti i comproprietari del suolo secondo il valore delle quote di titolarità di ciascuno⁷⁹, salvo che non sia stato costituito, nei modi e nelle forme di legge, un altro diritto reale a favore del comunista costruttore.

Nell'ottica di tale orientamento, le ipotesi di inapplicabilità del regime dell'accessione venivano pertanto confinante alla specifica disciplina dell'opera eseguita da un terzo con materiali propri (art. 936 c.c.)⁸⁰, in quanto l'operatività del meccanismo acquisitivo dell'accessione, quale modalità di acquisto della comproprietà a titolo originario dell'opera innovativa eseguita su suolo comune, non è stata mai messa in discussione⁸¹.

A ben vedere, peraltro, può affermarsi che l'estensione dell'operatività dell'accessione anche alle opere eseguite da un solo comunista su suolo comune con altri soltanto apparentemente sia stata messa a tacere dal dogma della comunione, in quanto nelle aule giudiziarie l'attaccamento all'istituto dell'accessione è rimasto sempre latente nell'arco degli anni.

In effetti, come già accennato all'inizio, l'originario approccio alla soluzione della problematica era proprio nel senso di quella operatività del meccanismo acquisitivo dell'accessione che, seppur timidamente, ha rappresentato una costante sempre presente nel corso degli anni, infine destinata, anche se solo in tempi recenti, ad acquisire maggiore forza vitale.

⁷⁹ In tal senso, v., almeno, già M. VITALEVI, *Della comunione dei beni*, in *Trattato M. Vitalevi*, Torino, 1884, p. 259, v., più di recente: L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, p. 715, spec. nota 40; G. BRANCA, *op. cit.*, p. 57; M. PARADISO, *op. cit.*, p. 161, spec. nota 30; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, cit., p. 258.

⁸⁰ Cfr. Cass., 12 maggio 1973, n. 1297, in *Rep. Foro it.*, voce *Comunione e condominio*, 1973, c. 491; Cass., 11 luglio 1978, n. 3479, in *Rep. Foro it.*, voce *Proprietà*, 1978, c. 2110; Cass., 10 novembre 1980, n. 6034, in *Rep. Foro it.*, voce *Proprietà*, 1980, c. 2174; Cass., 28 maggio 1993, n. 5985, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, p. 946, il cui testo integrale è reperibile sul sito www.dejure.giuffrè.it; Cass., 19 aprile 1994, n. 3714, in *Giur. it.*, 1995, p. 1947 ed anche in *Giust. civ. Mass.*, 1994, p. 526; Cass., 11 novembre 1997, n. 11120, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 2132, il cui testo integrale è reperibile sul sito www.dejure.giuffrè.it; Cass., 23 febbraio 1999, n. 1543, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 386, in *Riv. giur. ed.*, 1999, p. 692 ed anche in *Arch. loc.*, 1999, p. 817; Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.; Cass., 14 giugno 2019, n. 16070, il cui testo integrale è reperibile sul sito www.dejure.giuffrè.it.

⁸¹ V. Cass., 11 luglio 1978, n. 3479, cit., dalla cui massima si evince che “La costruzione eseguita dal comproprietario, sul suolo comune, diviene, per accessione (art. 934 c.c.), di proprietà comune agli altri comproprietari del suolo, restando esclusa l'applicabilità degli art. 936 segg. c.c., che riguardano la diversa ipotesi di opere eseguite da un terzo”. Per una dettagliata panoramica dello stato dell'arte sul tema in epoca *post* codificazione, v. M. BASILE, *op. cit.*, p. 1297.

Per cogliere la portata di una simile prospettiva, pare il caso di precisare che è cronaca dei nostri giorni la massima secondo cui “la costruzione eseguita dal comproprietario sul suolo comune diviene per accessione, ai sensi dell’art. 934 c.c., di proprietà comune agli altri comproprietari del suolo, salvo contrario accordo, traslativo della proprietà del suolo o costitutivo di un diritto reale su di esso, che deve rivestire la forma scritta *ad substantiam*” ed “il consenso alla costruzione manifestato dal comproprietario non costruttore, pur non essendo idoneo a costituire un diritto di superficie o altro diritto reale, vale a precludergli l’esercizio dello *ius tollendi*”⁸².

Appare opportuno, allora, soffermarsi sulla fattispecie nel caso di specie prospettata al giudice di legittimità. La società Alfa, comproprietaria insieme a Tizio di un’area, ha realizzato su quest’ultima una costruzione. Tizio, quindi, ha convenuto in giudizio la società costruttrice, chiedendo lo scioglimento della comunione delle unità immobiliari edificate sul suolo comune, consistenti in un corpo edilizio interrato composto da due piani sovrapposti e da altra costruzione a livello seminterrato adibita ad autorimessa e cantina. Da parte sua, la società costruttrice Alfa ha chiesto di dichiarare il non luogo a provvedere sulla divisione dei locali seminterrati comuni destinati ad autorimessa e cantina, stante l’intervenuto accordo tra le parti in ordine all’attribuzione dei beni, nonché di dichiarare l’attribuzione in proprietà esclusiva del corpo edilizio interrato, sul presupposto che lo stesso fosse di sua proprietà esclusiva.

In entrambi i gradi del giudizio di merito, il giudice adito aveva accolto le ragioni della società costruttrice Alfa, ritenendo che il corpo di fabbrica interrato edificato dalla società non fosse “cosa comune”, in quanto esso: 1) risulta incorporato alla proprietà esclusiva della società costruttrice; 2) non è incorporato né funzionalmente legato alla proprietà di Tizio; 3) è privo di caratteristiche tali da indurre a ritenerlo essenziale all’esistenza dei beni comuni; 4) è stato progettato in funzione esclusiva delle preesistenti unità immobiliari di proprietà della società Alfa.

⁸² V. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., la quale aggiunge, inoltre, che “ove lo *ius tollendi* non venga o non possa essere esercitato, i comproprietari del suolo sono tenuti a rimborsare al comproprietario costruttore, in proporzione alle rispettive quote di proprietà, le spese sopportate per l’edificazione”.

Precisamente, nel corso del grado di appello è stato affermato che tra le parti vi fosse stato un valido accordo provato documentalmente e, nell'escludersi la comproprietà di quanto realizzato nel sottosuolo, è stato richiamato il principio di diritto per cui alla costruzione realizzata da uno dei comproprietari su suolo comune si applicherebbe la disciplina della comunione a discapito di quella sull'accessione *ex art. 934 c.c.*, con la conseguenza che la nuova costruzione diverrebbe di proprietà comune ai condomini non costruttori solo laddove essa sia stata realizzata in conformità alle norme che disciplinano l'uso della cosa comune; pertanto, nel caso in cui l'opera innovativa debba ritenersi abusivamente realizzata la stessa non diverrebbe comune neppure per accessione.

Così, la questione è stata devoluta da Tizio al giudice di legittimità, deducendosi: 1) la violazione e falsa applicazione degli artt. 934, 840, 1102 e 1121 c.c., in quanto il giudice del merito avrebbe erroneamente escluso l'operatività del principio dell'accessione nel caso in esame, dando luogo ad una sorta di espropriazione senza indennizzo nei confronti del comproprietario non costruttore in patente contrasto con l'art. 42 Cost.; 2) l'invalidità della pattuizione oralmente conclusa con la società costruttrice Alfa ai fini della esclusione dell'accessione, in quanto un tale accordo avrebbe dovuto rivestire forma scritta *ad substantiam* trattandosi di beni immobili.

La società costruttrice Alfa resisteva con controricorso.

Il giudice di legittimità, riscontrata l'esistenza in materia di un contrasto tra due orientamenti contrapposti, ritenne opportuno rimettere con apposita ordinanza la questione al Primo Presidente⁸³. Nel ricondurre la fattispecie concreta alla problematica della costruzione eseguita da un solo comunista su suolo in comune con altri, si rilevava come, secondo un primo orientamento più risalente, la costruzione su area comune sarebbe anch'essa comune per l'operare dell'accessione *ex art. 934 c.c.*, salvo diverso accordo scritto *ad substantiam*, pena l'invalidità dell'accordo verbale, laddove, secondo altro orientamento più recente, la disciplina sull'accessione riguarderebbe soltanto le costruzioni eseguite su terreno altrui, applicandosi per le costruzioni realizzate su suolo comune la disciplina dettata

⁸³ V. l'ordinanza interlocutoria dell'11 aprile 2017, n. 9316, cit.

in materia di comunione, così che la comproprietà della nuova opera sorgerebbe a favore dei condomini non costruttori soltanto laddove realizzata in conformità alla predetta disciplina, dovendosi considerare le opere realizzate abusivamente appartenenti al comproprietario costruttore e rientranti nella sua esclusiva sfera giuridica.

Il giudice di legittimità, pronunciandosi a sezioni unite, come innanzi si accennava, ha completamente ribaltato l'esito dei giudizi di merito, aderendo all'indirizzo orientato nel senso che la costruzione su area comune diverrebbe anch'essa comune per l'operare dell'accessione di cui all'art. 934 c.c., salvo diverso accordo scritto *ad substantiam*, pena l'invalidità dell'accordo verbale.

Il giudice è giunto a siffatta conclusione passando brevemente in rassegna i tratti salienti del meccanismo acquisitivo dell'accessione. Precisamente, ai fini della risoluzione della problematica in tal senso, dovrebbe essere considerato determinante che l'accessione, quale modo di acquisto della proprietà a titolo originario, si caratterizzerebbe per il fatto «che l'acquisto della proprietà è legato al solo fatto materiale ed obiettivo dell'incorporazione (c.d. attrazione reale), da intendersi come “unione stabile” di una cosa con un'altra, non rilevando se essa sia avvenuta per evento naturale o per opera dell'uomo»; di conseguenza, “la proprietà si acquista *ipso iure* al momento dell'incorporazione”, in quanto “quest'ultima è un fatto giuridico in senso stretto, ossia un fatto che determina l'effetto giuridico dell'acquisto della proprietà a prescindere dalla volontà dell'uomo”⁸⁴.

In altri termini, una volta affermato che “in questo senso, l'accessione costituisce un meccanismo oggettivo di acquisto della proprietà” e che “la volontà dell'uomo – ove pure vi sia – non assume rilievo giuridico né influisce positivamente sull'acquisto della proprietà”, nella fattispecie in cui l'opera innovativa su suolo comune sia eseguita da un solo comunista senza il consenso degli altri troverebbe piena applicazione la regola per cui il proprietario della cosa principale diviene proprietario della cosa accessoria, quando quest'ultima si congiunge stabilmente alla prima in virtù del principio “*accessorium sequit principale*”: il diritto di proprietà sulla cosa principale esercita, perciò, una

⁸⁴ Cfr. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.

“*vis attractiva*” sulla proprietà della cosa accessoria e precisamente nel caso dell’accessione verticale⁸⁵ è la stessa legge (art. 934 ss. c.c.) ad individuare la cosa principale nel bene immobile (il suolo), sancendo la sua preminenza sulle cose mobili che vi sono incorporate, in ragione dell’importanza economico-sociale che ad esso si riconosce⁸⁶. Precisamente, “l’art. 934 c.c., che apre le disposizioni codicistiche dedicate all’accessione, detta la regola generale di tale modo di acquisto della proprietà”, in quanto trasposizione dell’antico principio romanistico “*quidquid inaedificatur solo cedit*” o “*superficies solo cedit*”, mentre “gli articoli che seguono tale disposizione...disciplinano specificamente il caso delle opere fatte dal proprietario del suolo con materiali altrui (art. 935 c.c.), quello delle opere fatte dal terzo con materiali propri (art. 936 c.c.) e quello delle opere fatte dal terzo con materiali altrui (art. 937 c.c.)”.

Le tappe significative del ragionamento del giudice di legittimità che ha condotto all’enunciazione del principio di diritto nel senso che “la costruzione eseguita dal comproprietario sul suolo comune diviene per accessione, ai sensi dell’art. 934 c.c., di proprietà comune agli altri comproprietari del suolo, salvo contrario accordo, traslativo della proprietà del suolo o costitutivo di un diritto reale su di esso, che deve rivestire la forma scritta *ad substantiam*”, pertanto, potrebbero schematizzarsi come segue: 1) l’art. 934 c.c., almeno secondo un’interpretazione strettamente letterale, sarebbe norma di carattere generale che, ai fini della sua applicabilità, non richiederebbe la terzietà in capo al soggetto costruttore⁸⁷; 2) un’interpretazione sistematica della normativa dettata in materia di accessione sembrerebbe rafforzare siffatta convinzione: non a caso le fattispecie di accessione relative al caso in cui il costruttore sia un terzo rispetto al proprietario del suolo sono specificamente regolate

⁸⁵ Nell’accessione di mobile a mobile, viceversa, spetterebbe al giudice l’accertamento in concreto della cosa principale e di quella accessoria, servendosi dei criteri della funzione e del valore (Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.).

⁸⁶ Anche se, come è stato rilevato dal medesimo giudice adito (Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.), siffatta regola non sarebbe esente da eccezioni: si pensi al caso della c.d. accessione invertita preso in considerazione dall’art. 938 c.c.

⁸⁷ V. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., secondo la quale “la norma enuncia il principio per cui “qualunque piantagione, costruzione od opera esistente sopra o sotto il suolo appartiene al proprietario di questo” e prescinde del tutto da chi sia la persona del costruttore”.

dagli artt. 936 e 937 cod. civ.⁸⁸ e, al contempo, è lo stesso legislatore a prevedere l'operatività dell'accessione nel caso in cui le opere siano eseguite dal proprietario del suolo con materiali altrui (art. 935 c.c.); d'altronde, anche in tema di comunione legale tra i coniugi, la giurisprudenza elaborata dal medesimo giudice di legittimità ha riconosciuto l'operatività dell'accessione, affermando che la costruzione realizzata durante il matrimonio da entrambi i coniugi sul suolo di proprietà esclusiva di uno solo di essi appartarrebbe a quest'ultimo in forza del principio dell'accessione e, pertanto, non ricadrebbe nel regime patrimoniale della comunione legale dei beni⁸⁹; 3) il principio generale dell'accessione di cui all'art. 934 c.c. non sarebbe derogato dalla disciplina della comunione⁹⁰, in quanto “va ripudiata l'idea che la disciplina della comunione costituisca deroga a quella relativa ai modi di acquisto della proprietà, sì da escludere l'operare dell'accessione”⁹¹; 4) la disciplina della comunione (art. 1100 ss. c.c.) sarebbe volta a regolare “i rapporti tra comproprietari nell'uso e nel godimento della cosa comune (art. 1102 c.c.), a fissare i limiti entro cui è consentito il compimento di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione del bene comune o sono permesse le innovazioni e la disposizione della cosa comune, con la garanzia delle ragioni delle minoranze (artt. 1108 e 1120 c.c.)” e, pertanto, avrebbe come unico denominatore comune la *ratio* di consentire a ciascun comunista di servirsi della

⁸⁸ V. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., “essendo le ipotesi in cui le opere siano state eseguite da un soggetto terzo rispetto al proprietario del suolo regolate dai richiamati artt. 936 e 937 cod. civ., va escluso che l'art. 934 cod. civ. possa riferirsi alle medesime opere eseguite dal terzo”.

⁸⁹ V. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., secondo cui “si tratta di un principio che riconosce l'operare dell'accessione, ai sensi dell'art. 934 cod. civ., in favore del coniuge proprietario esclusivo del suolo, nonostante che egli stesso sia l'autore della costruzione (sia pure unitamente all'altro coniuge), nonostante cioè che il costruttore non sia terzo rispetto al proprietario del suolo”.

⁹⁰ V. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., la quale osserva che “non è vero, tuttavia, che la disciplina giuridica della comunione integri una deroga all'istituto dell'accessione”, in quanto “non esiste, tra accessione e comunione, alcun rapporto tra *genus ad speciem*”, non essendo “nessuna delle norme che regolano la comunione atta ad incidere sui modi di acquisto della proprietà o a mutare l'assetto della proprietà comune, sì da poter configurare una disciplina speciale, e quindi una deroga, rispetto al principio di accessione”.

⁹¹ Cfr. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit. Secondo il giudice, nessuna delle deroghe all'operare dell'accessione previste dalla legge, si pensi alla disciplina delle opere destinate all'esercizio della servitù eseguita dal proprietario del fondo dominante sul fondo servente (art. 1069 c.c.), a quella delle addizioni eseguite dall'enfiteuta (art. 975, 3° co, c.c.), dall'usufruttuario (art. 986, 2° co, c.c.), dal possessore (art. 1150, 5° co, c.c.) e dal locatore (art. 1593 c.c.), riguarderebbero il caso della comunione del suolo. Ancora, sempre secondo il giudice citato, idoneo ad escludere l'operatività dell'accessione nel caso di specie sarebbe esclusivamente il titolo negoziale, che deve rivestire la forma scritta *ad substantiam*, costituito da un “apposito contratto stipulato tra il proprietario del suolo e il costruttore dell'opera”, non essendo idoneo un negozio unilaterale che “attribuisca a quest'ultimo il diritto di proprietà sulle opere realizzate”, bensì titolo idoneo alla costituzione diretta di un diritto di superficie o della c.d. concessione *ad aedificandum*: la rinuncia del proprietario al diritto di accessione, nell'ottica della corte, “si traduce sostanzialmente nella costituzione di un diritto di superficie”.

cosa comune “purché non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso”⁹²; 5) l’inoperatività del meccanismo acquisitivo dell’accessione condurrebbe a delle conclusioni aberranti⁹³; 6) i rapporti tra il comproprietario costruttore e gli altri comproprietari (divenuti *ope legis* comproprietari della costruzione) non sarebbero disciplinati dall’art. 936 c.c.⁹⁴; 7) la disciplina giuridica che deve regolare i rapporti tra comproprietario costruttore e non andrebbe rinvenuta in seno alle norme che disciplinano la comunione e specificamente in quelle che regolano l’uso paritario della cosa comune e l’esecuzione delle innovazioni sulla stessa: la costruzione su suolo comune, in quanto innovazione, dovrebbe essere preventivamente deliberata ai sensi dell’art. 1108 c.c. (in caso di comunione ordinaria) e degli artt. 1120 e 1121 c.c. (nel caso di condominio negli edifici) e, comunque, non dovrebbe pregiudicare il godimento paritetico della cosa comune da parte di ciascun comunista; 8) trattandosi di opera innovativa eseguita senza la preventiva autorizzazione della maggioranza dei condomini, ovvero in pregiudizio del godimento paritetico della cosa comune da parte di tutti i comproprietari, il comunista non costruttore leso nel proprio interesse potrà avvalersi degli ordinari rimedi delle azioni possessorie e petitorie; 9) il comproprietario non costruttore leso

⁹² V. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., secondo cui “queste norme escludono in radice che il singolo comproprietario, senza il consenso degli altri comunisti, possa cambiare destinazione al suolo comune ed edificare su di esso con l’intento di appropriarsi del medesimo ed escludere gli altri comproprietari dal suo godimento”. L’esistenza di un pari diritto di ogni comunista sulla cosa comune, infatti, “è incompatibile con l’assunto che uno solo di essi possa divenire proprietario esclusivo dell’opera e del suolo comune su cui essa insiste”; secondo la giurisprudenza citata, pertanto, “il comproprietario che costruisce senza il consenso degli altri partecipanti alla comunione realizza una alterazione delle destinazione della cosa comune ed impedisce agli altri comunisti di fare uso di essa secondo il loro diritto”, conseguentemente “egli infrange la disciplina della comunione e commette un atto illecito, come illegittima è la costruzione realizzata sul suolo comune”.

⁹³ V. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., secondo cui “se venisse esclusa l’applicabilità del principio di accessione in materia di comunione, non sarebbe dato comprendere sulla base di quale diverso principio la costruzione edificata da uno solo dei comproprietari possa divenire comune agli altri comunisti ove sia eseguita in conformità alla regole che disciplinano la comunione; ma risulterebbe anche a maggior ragione, incomprensibile come il comproprietario costruttore che, violando la disciplina della comunione, abbia edificato sul suolo comune possa divenire proprietario esclusivo della costruzione così sottraendo agli altri comunisti la proprietà del suolo su cui insiste la costruzione (a tale conclusione sembra addivenire la giurisprudenza criticata nella misura in cui non prospetta una proprietà del suolo occupato dalla costruzione diversa dalla proprietà della costruzione stessa)”. Secondo la giurisprudenza citata, «il vero è che, nella sostanza, la giurisprudenza criticata, una volta esclusa l’applicabilità del principio di accessione in materia di comunione e ritenuta applicabile solo la disciplina di cui agli artt. 1100 e segg. cod. civ., è venuta a creare di fatto, per via pretoria, una nuova figura di “acquisto a titolo originario” della proprietà, che non ha base legale»; però, una tale creazione nel nostro ordinamento non è ammissibile per contrasto con la riserva di legge imposta dall’art. 42 Cost e 922 c.c.

⁹⁴ V. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., «la giurisprudenza di questa Corte – come si è detto - è costante nell’escludere che la materia possa essere regolata dall’art. 936 c.c., essendo questa una disposizione relativa alle “Opere fatte da un terzo” e non potendo il comproprietario essere qualificato “terzo” rispetto agli altri comproprietari del suolo».

nel proprio interesse potrà esercitare anche uno *ius tollendi* genericamente riconosciutogli, ottenendo la demolizione dell'opera, purché l'esercizio dello stesso venga "coniugato con il principio di tolleranza, col principio di affidamento e con quello di buona fede"⁹⁵; 10) l'esercizio del predetto *ius tollendi* andrebbe coordinato con la disciplina della comunione: nel caso in cui il comproprietario costruttore abbia agito contro l'esplicito divieto del comproprietario o all'insaputa di questi e, al contempo, sia stata violata la normativa dettata in tema di condominio, al comunista non costruttore andrebbe riconosciuto lo *ius tollendi*, in quanto questi potrà senz'altro agire per ottenere il rispristino dello *status quo ante*; nel caso in cui il comproprietario costruttore abbia agito, se non con il consenso, quanto meno a scienza e senza opposizione dell'altro comproprietario, "essendovi stato il consenso esplicito o anche meramente implicito del comproprietario non costruttore", andrebbe escluso che il comunista non costruttore possa pretendere la demolizione dell'opera⁹⁶; 11) ove lo *ius tollendi* non venga (o non possa) essere esercitato, sorgerebbe in favore del comproprietario costruttore un diritto di credito nei confronti degli altri comunisti non costruttori divenuti per accessione comproprietari dell'opera innovativa: nasce, cioè, tra le parti un rapporto obbligatorio, in forza del quale i comproprietari non costruttori sono tenuti a rimborsare il comproprietario costruttore in proporzione alle rispettive quote di comproprietà delle spese sopportate per l'edificazione dell'opera, secondo le norme che regolano la comunione e gli altri istituti di volta in volta applicabili (mandato, *negotiorum gestio*, arricchimento senza causa, etc.); 12) il consenso degli altri comunisti circa l'esecuzione dell'opera innovativa avrebbe la forma libera⁹⁷; 13) l'esistenza del consenso alla costruzione, non incidendo sull'acquisto della proprietà della costruzione, potrebbe essere dimostrato con ogni mezzo

⁹⁵ V. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.

⁹⁶ V. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.

⁹⁷ V. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., secondo cui "il consenso alla costruzione dell'opera, manifestato da un comunista all'altro, può essere dato con qualunque forma (anche verbalmente), non attenendo esso alla sfera dei diritti reali e non facendo venir meno l'operatività dell'accessione e, quindi, l'acquisto della proprietà della costruzione da parte di tutti i comunisti in rapporto alle rispettive quote dominicali; il suo rilievo giuridico non attiene all'acquisto della proprietà della costruzione, ma ai reciproci diritti e obblighi dei comproprietari, e ai loro rispettivi poteri, relativamente ad un'opera divenuta comunque comune".

di prova; 14) il predetto consenso dei comunisti non costruttori potrebbe anche essere implicitamente rilevato⁹⁸.

In conclusione, le sezioni unite sono giunte a dedurre che la modalità di acquisto dell'accessione troverebbe spazio applicativo in tutte quelle fattispecie interessate all'incorporazione di piantagioni, costruzioni e opere su di un suolo anche in comproprietà con altri, essendo la disposizione dell'art. 934 c.c. espressione del principio di carattere generale "*superficies solo cedit*"; quindi, l'ineroperatività di quest'ultimo avrebbe la propria *ratio* giustificatrice, alla luce del noto brocardo "*lex specialis derogat generali*", esclusivamente nella diversa previsione di legge, nonché, in virtù dell'autonomia contrattuale, del solo titolo negoziale.

La conclusione cui è pervenuto il giudice di legittimità dovrebbe essere pienamente condivisa almeno nel risultato finale, in quanto, riconducendosi la fattispecie dell'esecuzione dell'opera innovativa da parte di un solo comunista su suolo in comune con altri nel campo di applicazione del meccanismo acquisitivo dell'accessione, i rapporti giuridici ne conseguirebbero effetti positivi, soprattutto in termini di certezza e stabilità.

Invero, una volta estesa l'operatività dell'accessione anche alla fattispecie prospettata, vi sarebbe una perfetta coincidenza tra i titolari del suolo comune e quelli dell'opera eseguita su quest'ultimo: infatti, i soggetti legittimati a compiere atti dispositivi dell'opera innovativa sarebbero i medesimi di quelli legittimati all'esecuzione di medesimi atti sul suolo comune.

In altri termini, soltanto i comproprietari della cosa comune su cui insiste l'opera innovativa sarebbero legittimati a disporre di quest'ultima separatamente o congiuntamente alla prima: solamente questi, insomma, avrebbero il potere di disporre dell'opera innovativa, costituendo un diritto di superficie sulla medesima.

⁹⁸ V. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., secondo la quale "la mera tolleranza, ossia la mancata reazione da parte del comproprietario non costruttore all'abuso intrapreso dal comunista costruttore, protratta per un congruo periodo di tempo dal giorno in cui ha avuto notizia dei lavori, preclude l'esercizio dello *ius tollendi*, facendo sorgere l'affidamento del costruttore sul sopravvenuto consenso implicito del compartecipe alla comunione".

Tale conclusione sembra consentire, in effetti, di condividere l'affermazione del giudice di legittimità nel senso che tra l'istituto della comunione e quello dell'accessione non debba ravvisarsi alcun rapporto tra "*genus ad speciem*", in quanto la disciplina del primo istituto opererebbe su di un piano differente rispetto al secondo.

Alla luce delle considerazioni svolte, non può non avvertirsi, allora, già in linea di prima approssimazione, come le norme della comunione, tendendo a regolare i rapporti tra comproprietari nell'uso e nel godimento della cosa comune (art. 1102 c.c.), a fissare i limiti entro cui è consentito il compimento di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione del bene comune o sono permesse le innovazioni o comunque gli atti di disposizione della cosa comune, con la garanzia delle ragioni delle minoranze (artt. 1108 e 1120 c.c.), non siano idonee "ad incidere sui modi di acquisto della proprietà o a mutare l'assetto della proprietà comune, in modo tale da poter configurare una disciplina speciale, e quindi una deroga, rispetto al principio dell'accessione"⁹⁹.

In effetti, la conclusione, conosciuta in passato, nel senso dell'applicabilità della disciplina sulla comunione a discapito di quella sull'accessione, attribuendo, in caso di opera illegittimamente eseguita su suolo comune da parte di un solo comunista senza il consenso degli altri, la titolarità della stessa esclusivamente in capo a quest'ultimo, andrebbe a creare di fatto, e per via pretoria, «una nuova figura di "acquisto a titolo originario" della proprietà, che non ha base legale»¹⁰⁰.

Qualora, insomma, dovesse ritenersi legittimo premiare l'autore di un comportamento illegittimo con l'attribuzione della titolarità esclusiva dell'innovazione, si darebbe luogo "ad una sorta di espropriazione della proprietà privata in assenza di un interesse generale e senza indennizzo"¹⁰¹.

⁹⁹ V. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., secondo cui "va ripudiata l'idea che la disciplina della comunione costituisca deroga a quella relativa ai modi di acquisto della proprietà, sì da escludere l'operare dell'accessione".

¹⁰⁰ V. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., la quale aggiunge che «ritenere, per via pretoria, che la violazione delle norme sulla comunione consenta al singolo comproprietario che costruisca sul suolo comune di acquistare la proprietà della costruzione e del suolo, in danno degli altri comunisti, costituirebbe una patente violazione della "riserva di legge" relativa ai modi di acquisto della proprietà».

¹⁰¹ V. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., per cui "ammettere che i comproprietari non costruttori possano perdere la proprietà della cosa comune per il semplice fatto della iniziativa di altro comproprietario... contrasta con i principi generali che reggono la materia e con la stessa Carta fondamentale (art. 42 Cost.)", oltre ad essere "una soluzione contraria ad ogni logica e al comune senso di giustizia, perché finisce col premiare, piuttosto che sanzionare, il comproprietario che commette un abuso in danno degli altri comproprietari".

Si tenga presente, infine, che l'idea secondo cui il principio dell'accessione (art. 934 c.c.) “operi anche quando il suolo appartiene in comunione a più soggetti ed uno solo (o alcuni soltanto) di essi abbia provveduto a realizzare una costruzione o altra opera”¹⁰², risponde all'insegnamento tradizionale alla cui stregua il principio generale dell'accessione (art. 934 c.c.) prescinde dal riferimento soggettivo all'autore della costruzione¹⁰³.

Come è noto, invece, in passato è stato sostenuto che l'operatività della regola generale dell'accessione (art. 934 c.c.) fosse subordinata all'alterità soggettiva tra *dominus soli* e costruttore: il principio dell'accessione avrebbe presupposto la terzietà dell'autore dell'opera innovativa; di conseguenza, il *dominus soli* avrebbe acquistato la titolarità dell'opera innovativa soltanto se ed in quanto la medesima fosse stata eseguita da un terzo.

Volendo adattare i suddetti principi generali in materia di accessione alla costruzione eseguita da un solo comunista su suolo comune con altri, quest'ultima, pertanto, non avrebbe potuto seguire la sorte delineata dal principio “*superficie solo cedit*”, non potendosi considerare il comunista costruttore terzo rispetto agli altri¹⁰⁴.

Nella recente pronunzia della Suprema Corte, invece, chiarendosi che “la costruzione eseguita dal comproprietario sul suolo comune diviene per accessione, ai sensi dell'art. 934 cod. civ., di proprietà comune agli altri comproprietari del suolo”, riemerge l'idea dell'insegnamento tradizionale, alla cui stregua l'accessione non presuppone l'alterità soggettiva tra proprietario del suolo e costruttore¹⁰⁵.

¹⁰² V. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.

¹⁰³ Cfr. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.

¹⁰⁴ Cfr. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., dove viene rilevato che «Secondo l'opposto e più recente orientamento, oggi prevalente, la fattispecie dell'accessione di cui all'art. 934 cod. civ. si riferirebbe solo alle costruzioni od opere eseguite su terreno altrui, presupporrebbe cioè che il costruttore sia un “terzo” rispetto ai proprietari del suolo; e poiché il comproprietario costruttore non può essere considerato “terzo” rispetto agli altri comunisti, la fattispecie della costruzione eseguita da uno dei comproprietari su suolo comune non potrebbe essere regolata dall'art. 934 cod. civ., ma sarebbe invece regolata dalla disciplina in materia di comunione, che configurerebbe una deroga al principio dell'accessione. In particolare, secondo tale giurisprudenza, la nuova costruzione sarebbe di proprietà comune a tutti i comunisti se eseguita in conformità alle regole del condominio, cioè con il rispetto delle norme sui limiti del comproprietario all'uso delle cose comuni (art. 1102 cod. civ.); appartarrebbe, invece, solo al comproprietario costruttore se eseguita in violazione della disciplina condominiale (costruzione “illegittima”)».

¹⁰⁵ V. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., secondo cui «essendo le ipotesi in cui le opere siano state eseguite da un soggetto “terzo” rispetto al proprietario del suolo regolate dai richiamati artt. 936 e 937 cod. civ., va escluso che l'art. 934 cod. civ. possa riferirsi alle medesime opere eseguite dal terzo». Secondo la Suprema Corte citata, altra

Secondo la Suprema Corte, in effetti, diversi argomenti conducono a siffatta conclusione.

In primo luogo, sul piano dell'interpretazione letterale della legge, va rilevato che l'art. 934 c. c., che detta la “regola generale” in materia di accessione, non contiene alcun riferimento soggettivo al costruttore, limitandosi la norma ad enunciare il principio per cui “Qualunque piantagione, costruzione od opera esistente sopra o sotto il suolo appartiene al proprietario di questo” e, al contempo, prescindendo la stessa del tutto dalla persona del costruttore¹⁰⁶.

In secondo luogo, conferma di quanto appena affermato si ricava dall'interpretazione sistematica del complesso di norme relative all'accessione e, in particolare, dal fatto che le fattispecie di accessione relative al caso in cui il costruttore sia un “terzo” rispetto ai proprietari del suolo sono specificamente contemplate e regolate negli artt. 936 e 937 c. c. (disposizioni che disciplinano l'accessione, rispettivamente nel caso in cui le opere siano state realizzate “da un terzo con materiali propri” ovvero “da un terzo con materiali altrui”). Pertanto, essendo le ipotesi in cui le opere siano state eseguite da un soggetto “terzo” rispetto al proprietario del suolo regolate dai richiamati artt. 936 e 937 c. c., andrebbe escluso che l'art. 934 c. c. possa riferirsi alle medesime opere eseguite dal terzo.

In terzo luogo, conferma ulteriore del fatto che l'applicabilità dell'art. 934 c.c. non è subordinata alla qualità di terzo del costruttore si desume dall'art. 935 c.c. che disciplina l'accessione nel caso in cui l'opera sia stata edificata dal proprietario del suolo “con materiali altrui”: fattispecie, quest'ultima, nella quale l'accessione opera nonostante vi sia coincidenza tra costruttore e *dominus soli*.

Infine, ulteriore conferma del fatto che l'accessione non presuppone affatto l'alterità soggettiva tra proprietario del suolo e costruttore si ricava anche dalla giurisprudenza elaborata in tema di “comunione legale tra i coniugi”, laddove si è affermato che la costruzione realizzata durante il

conferma del fatto che l'applicabilità dell'art. 934 c.c. non è subordinata alla qualità di terzo del costruttore «si desume, peraltro, dall'art. 935 c.c. che disciplina l'accessione nel caso in cui l'opera sia stata edificata dal proprietario del suolo “con materiali altrui”; fattispecie – questa – nella quale l'accessione opera nonostante vi sia coincidenza tra costruttore e dominus soli».

¹⁰⁶ Cfr. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., la quale ha rilevato che “si tratta di una nozione ampia di accessione che fa parte della tradizione giuridica dell'istituto nel nostro ordinamento e che si collega idealmente alla onnicomprensiva definizione di accessione contenuta nell'art. 443 cod. civ. 1865, che includeva persino l'acquisto dei frutti prodotti dal fondo (cfr. art. 444 cod. civ. abrogato); una nozione che non esclude l'accessione neppure nel caso di costruzioni realizzate dallo stesso proprietario del suolo”.

matrimonio da entrambi i coniugi sul suolo di proprietà esclusiva di uno solo di essi, apparterebbe a quest'ultimo in forza del principio di accessione e, pertanto, non entrerebbe a far parte della comunione legale¹⁰⁷.

Proprio sulla base delle premesse dianzi riportate, la delineata impostazione della Suprema Corte ribadisce la conclusione nel senso «che l'art. 934 cod. civ. detta la “regola generale” dell'accessione, che costituisce norma immediatamente applicabile e destinata a regolare tutte quelle fattispecie in cui l'incorporazione di piantagioni o materiali al suolo non trovi specifica disciplina in diverse disposizioni di legge», rientrando “tra tali fattispecie...certamente il caso in cui il suolo appartenga in comunione a più soggetti ed uno (o alcuni) soltanto di essi abbia realizzato una costruzione sul suolo comune”¹⁰⁸.

Peraltro, pur non potendosi negare la correttezza dell'affermazione alla cui stregua l'operatività del principio dell'accessione (art. 934 c.c.) prescinde da un'alterità soggettiva tra *dominus soli* e costruttore, non altrettanto convincente appare la conclusione della Suprema Corte nel senso che «la giurisprudenza di questa Corte - come si è detto - è costante nell'escludere che la materia possa essere regolata dall'art. 936 cod. civ., essendo questa una disposizione relativa alle “Opere fatte da un terzo” e non potendo il comproprietario essere qualificato “terzo” rispetto agli altri comproprietari del suolo»¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Cfr. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., dove viene rilevato che «Si tratta di un principio che riconosce l'operare dell'accessione, ai sensi dell'art. 934 cod. civ., in favore del coniuge proprietario esclusivo del suolo, nonostante che egli stesso sia l'autore della costruzione (sia pure unitamente all'altro coniuge), nonostante cioè che il costruttore non sia “terzo” rispetto al proprietario del suolo. Anche da tale principio giurisprudenziale si ricava, perciò, conferma della conclusione secondo cui l'accessione non presuppone che il costruttore dell'opera sia “terzo” rispetto alla proprietà del suolo».

¹⁰⁸ Cfr. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., la quale osserva che “Non è inutile osservare in proposito che, nel caso di costruzione del singolo comunista sul suolo comune, l'accessione non perde la propria ragion d'essere giuridica: basti considerare che, proprio grazie all'accessione, l'alienazione del suolo comporta l'automatica alienazione di quanto su di esso incorporato, senza necessità di un separato atto di alienazione dei materiali ad esso stabilmente uniti e senza che - in mancanza di un tale atto - l'acquirente corra il rischio di vedersi disturbato nel godimento del fondo da alcuno dei suoi danti causa”.

¹⁰⁹ Cfr. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.

Proprio in tale ultima prospettiva, nella pronunzia della Suprema Corte citata, emerge che «è “terzo” colui che non sia legato al proprietario del suolo da un rapporto giuridico, di natura reale o personale, che lo legittimi a costruire sul fondo medesimo»¹¹⁰; ove invece “sussista un diritto reale o personale che assegni al terzo la facoltà di edificare su suolo altrui viene meno la ragione di applicare la disciplina dell'accessione intesa come ipotesi di soluzione del conflitto tra contrapposti interessi, perché il conflitto risulta assoggettato ad una disciplina specifica (ad es.: gli artt. 1592 e 1593 cod. civ. in tema di miglioramenti e addizioni nel rapporto di locazione; gli artt. 983, 985 e 986 in tema di usufrutto; etc.) (cfr. Cass., Sez. 2, 05/02/1983, n. 970; Cass., Sez. 2, 14/12/1994, n. 10699)”¹¹¹.

Adattando allora i predetti principi alla fattispecie dell'edificazione da parte di un solo comunista su suolo comune con altri, si è ritenuto perciò «che, ove sussista una comunione del suolo ed uno solo dei comproprietari del suolo costruisca su di esso, non è applicabile l'art. 936 cod. civ. (dettato per le “Opere fatte da un terzo”), non potendo il comproprietario costruttore essere qualificato “terzo” rispetto agli altri comproprietari del suolo (cfr. *ex plurimis*, [Cass., Sez. 2, 14/01/2009, n. 743](#); Cass., Sez. 2, 14/12/1994, n. 10699)»¹¹².

Dalla pronunzia della Suprema Corte, quindi, emerge l'idea “che la disciplina giuridica che deve regolare i rapporti tra comproprietario costruttore e comproprietario non costruttore vada ricavata dalle norme che regolano l'uso della cosa comune e le innovazioni”¹¹³.

In questa prospettiva, allora, la disciplina della comunione (artt. 1102, 1108, 1120 e 1121 c.c.) sarebbe il solo «“regime giuridico” che deve disciplinare i rapporti tra il comproprietario costruttore e gli altri comproprietari (divenuti *ope legis* comproprietari della costruzione)»¹¹⁴.

¹¹⁰ Cfr. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.

¹¹¹ Cfr. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.

¹¹² Cfr. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.

¹¹³ Cfr. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.

¹¹⁴ Cfr. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., ove si aggiunge che “invero, la costruzione su suolo comune – in quanto innovazione – deve essere deliberata secondo quanto previsto dall'art. 1108 cod. civ. (per la comunione ordinaria) e dagli artt. 1120 e 1121 cod. civ. (per il condominio degli edifici), sempre con il limite di non pregiudicare il godimento della cosa comune da parte di alcuno dei partecipanti”. Secondo la Suprema Corte, perciò, “quando la costruzione è stata edificata senza la preventiva autorizzazione della maggioranza dei condomini ovvero quando essa pregiudichi comunque il godimento della cosa comune da parte di tutti i comproprietari, il comproprietario che ha patito pregiudizio dalla costruzione può esercitare – nei confronti del comproprietario costruttore – le ordinarie azioni

Peraltro, l'idea che i rapporti tra comunista costruttore e non vadano disciplinati esclusivamente dalle norme sulla comunione (artt. 1102, 1108, 1120 e 1121 c.c.) sembrerebbe risultare intaccata dalla medesima pronuncia della Suprema Corte, ove, pur affermandosi che, in tale evenienza, i rapporti tra comunisti non possano essere disciplinati dall'art. 936 c.c., si finisce col riconoscere al comunista leso (non costruttore) la possibilità di esercitare lo *ius tollendi*, pretendendo la demolizione dell'opera lesiva a mezzo della tutela in forma specifica di cui all'art. 2933 c.c.¹¹⁵. E non si è mancato, in una simile prospettiva, di affermare che «l'esercizio dello *ius tollendi* debba essere coniugato con il principio di “tolleranza”, col principio di “affidamento” e con quello di “buona fede”», trattandosi di “principi sottesi al disposto dell'art. 936, quarto comma, cod. civ.”¹¹⁶.

Volendo schematizzare, si tratterebbe di uno *ius tollendi* di creazione pretoria che, nel faticoso tentativo di coordinare la normativa sulla comunione con quella sull'accessione, consentirebbe: 1) al comproprietario non costruttore di richiedere ed ottenere la rimozione dell'opera, nonché il ripristino dello *status quo ante* (c.d. *ius tollendi*), solo nel caso in cui il costruttore abbia agito in violazione delle norme sulla comunione e contro l'esplicito divieto del comproprietario non costruttore oppure all'insaputa di questi; 2) alla scienza, alla mancata opposizione, al consenso (esplicito od implicito) del comunista non costruttore di conservare l'opera innovativa, inibendo l'esercizio dello *ius tollendi* e, al contempo, riconoscendo a favore del comunista costruttore un diritto di credito nei confronti degli altri; 3) alla mancata reazione da parte del comproprietario non costruttore avverso l'abuso intrapreso protrattasi “per un congruo periodo di tempo dal giorno in cui ha avuto notizia dei lavori” (c.d. mera tolleranza) di ostare all'esercizio del medesimo *ius tollendi*, se ed in quanto la predetta mera tolleranza abbia fatto sorgere l'affidamento del comunista costruttore circa la sopravvenuta

possessorie (cfr., in tema di azione di manutenzione, Cass., 17/10/2006, n. 22227) e l'azione di rivendicazione (Cass., 28/08/1990, n. 8884)”.

¹¹⁵ Cfr. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., secondo cui “la demolizione dell'opera può essere anche decisa – al di fuori del caso di lesione del diritto del singolo comunista – dalla maggioranza dei comproprietari ai sensi dell'art. 1108 cod. civ.”.

¹¹⁶ Cfr. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., per la quale «è vero che tale disposizione (relativa al caso del “terzo costruttore”) non è applicabile al diverso caso delle opere edificate dal comproprietario sul suolo comune; ciò non vuol dire però che in tale ipotesi non debba tenersi conto egualmente dei principi di tolleranza e affidamento, nonché del principio di buona fede», trattandosi di “principi generali immanenti all'ordinamento giuridico, in quanto tali sottesi all'intera disciplina del codice civile, che devono sempre essere tenuti in conto dal giudice”.

formazione del consenso implicito del comproprietario non costruttore in merito all'esecuzione dell'opera innovativa; 4) al comunista costruttore di vantare un diritto di credito ogni qualvolta pre-detto *ius tollendi* non si è potuto o voluto esercitare.

In realtà, anche nella prospettiva fatta propria dalla Suprema Corte, l'attribuzione al comunista leso (non costruttore) della possibilità di esercitare lo *ius tollendi* pare contrastare con l'asserita inoperatività dell'art. 936 c.c. per difetto di terzietà tra comunisti. Se, nell'ottica del tradizionale insegnamento nel senso della tipicità assoluta dei diritti reali e degli strumenti a loro tutela¹¹⁷, sembrerebbe perlomeno azzardato dedurre dalla disciplina in tema di comunione l'intenzione del legislatore di sanzionare il comunista costruttore con strumenti di natura tipicamente reali quali la rimozione delle opere innovative ed il ripristino dello stato dei luoghi¹¹⁸, parrebbe allora corretto ricondurre lo *ius tollendi*, cui la Corte fa riferimento, proprio nel novero di applicabilità dell'art. 936 c.c., dovendosi reputare uno *ius tollendi* di creazione pretoria non meno aberrante di un'espropriazione acquisitiva in favore del solo comunista costruttore¹¹⁹. Insomma, delle due l'una: o si ritiene applicabile la disciplina dell'art. 936 c.c., riconoscendosi ai comunisti lo *ius tollendi* ivi contemplato, o, viceversa, la sua inoperatività inibirebbe ai comproprietari non costruttori l'esercizio dello stesso. L'adesione all'una piuttosto che all'altra soluzione, in effetti, presuppone un'esegesi della normativa sull'accessione (artt. 936 e 937 c.c.) in combinato disposto con quella della comunione (artt. 1102, 1108 e 1120 c.c.), operando la prima soltanto se sussista una condizione di terzietà tra il costruttore, o comunque il titolare dei materiali e/o della forza lavoro impiegati, e il *dominus soli*¹²⁰. E, un'attenta ricostruzione degli istituti della comunione e dell'accessione, nonché dei rapporti intercorrenti tra gli stessi, sembrerebbe suggerire una conclusione nel senso della terzietà reciproca fra comunisti e, quindi, della diretta ed immediata applicabilità della disciplina di cui all'art. 936 c.c. alla fattispecie dell'opera

¹¹⁷ V. *supra*, nota 73 e dottrina ivi citata.

¹¹⁸ Cfr. *supra*, par. 2.

¹¹⁹ Cfr. *supra*, par. 2.

¹²⁰ Cfr. *infra*, cap. III e IV.

innovativa eseguita da un solo comunista su suolo comune con altri¹²¹. Ciò con la conseguenza che, sussistendo i presupposti di cui all'art. 936 c.c., il comunista non costruttore ben potrebbe esercitare lo *ius tollendi* di fonte legale, informandolo al contempo ai principi di tolleranza e di affidamento, nonché a quello di buona fede, sottesi al disposto del quarto comma della normativa medesima.

¹²¹ Cfr. *infra*, cap. II, par. 2 e cap. IV, par. 2. In questi termini, v. L. BARASSI, *op. cit.*, p. 715 ss., il quale, seppur facendo riferimento alle migliorie eseguito da un solo comunista sulla cosa comune, si pone la domanda se all'autore della miglioria sia concesso lo *ius tollendi* concesso al terzo. Secondo l'a. (p. 716), al caso di specie, "pare logica l'applicazione senz'altro dell'art. 936". Con particolare riferimento alla problematica relativa all'applicabilità delle disposizioni sull'accessione nei rapporti fra comunisti, v. M. BASILE, *op. cit.*, p. 1303 ss., il quale afferma che "allo stesso modo dell'art. 936 c.c., l'art. 938 c.c. trova nel caso in esame applicazione (non analogica ma) diretta (anche se mediante una interpretazione estensiva)". Sul punto, sotto l'abrogato codice civile, v. anche M. VITALEVI, *op. cit.*, p. 253 ss., il quale è sostanzialmente dell'idea di una diretta ed immediata applicazione dell'abrogato art. 450 c.c. L'ipotesi della diretta ed immediata applicazione della disciplina di cui all'art. 936 c.c. alle addizioni o opere eseguite da un solo comunista su suolo comune con altri è presa in considerazione anche nell'attenta ricostruzione di G. BRANCA, *op. cit.*, p. 57 ss., nonché nell'analisi di M. PARADISO, *op. cit.*, p. 161, spec. nota 30.

Capitolo II

PROSPETTIVE DI DISCIPLINA DELLA COMPROPRIETÀ NELL'OTTICA DELLA POSIZIONE DELLE PARTI.

1. La comproprietà quale situazione giuridica soggettiva complessa.

A questo punto, ai fini di una corretta valutazione dell'applicabilità o meno della disciplina di cui all'art. 936 c.c. alla fattispecie dell'opera innovativa eseguita da un solo comunista su suolo comune con altri senza il loro consenso, sembra indispensabile concentrare l'attenzione sulla natura giuridica del rapporto di comunione, nonché sui tratti essenziali che lo contraddistinguono dagli altri rapporti giuridicamente rilevanti.

Lo studio del rapporto di comunione, come è stato autorevolmente insegnato¹²², sembrerebbe necessariamente presupporre a monte una netta separazione del profilo oggettivo da quello soggettivo, il primo rappresentando l'aspetto statico della comproprietà coincidente con la situazione giuridica soggettiva reale (c.d. diritto reale) ed il secondo il volto dinamico della stessa intesa quale organizzazione dei soggetti partecipanti alla comunione, dotata di propri organi e competenze¹²³.

La comunione, vista nella sua componente statica ed oggettiva, come pure è stato insegnato¹²⁴, sarebbe una situazione giuridica complessa o composita avente una struttura "soggettivamente collettiva per congiunzione", caratterizzata dall'esistenza di una situazione unipersonale che di regola include in sé un rapporto unisoggettivo¹²⁵.

¹²² Cfr. C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 319, il quale osserva che "lo studio della comunione deve comprendere e distinguere questi due diversi profili dell'istituto".

¹²³ Sul punto, seppur in prospettiva più generale, v. P. PERLINGIERI e P. FEMIA, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2021, p. 67, ove si osserva che "la connessione delle situazioni soggettive del rapporto giuridico consente di valutare il comportamento non soltanto nel momento statico, quale descrizione dell'effetto (nascita, modificazione o estinzione delle situazioni soggettive), ma anche nel momento dinamico, come regolamento di interessi, svolgimento concreto del programma prefigurato nella disciplina del fatto giuridico".

¹²⁴ Sul punto, cfr. M. FRAGALI, *La comunione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XIII, t. 1, Milano, 1973, p. 5 ss., cui si riferiscono le considerazioni che seguono nel testo.

¹²⁵ Per la qualificazione del rapporto di comunione in termini di rapporto giuridico unisoggettivo, v.: M. BASILE, *op. cit.*, p. 1304 e 1305 (spec. nota 18), il quale contrappone al rapporto giuridico in senso tecnico – caratterizzato dalla contrapposizione di interessi – quella «relazione intersoggettiva, dommaticamente ancora poco definita, che si è qualificata "di concorso (coordinazione)"» (virgolettato dell'autore); M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 5 ss.; più di recente, si veda R. CALVO, *Comunione in generale*, nel *Commentario del codice civile e codici collegati*, A. Scialoja-G. Branca-F. Galgano, a cura di G. De Nova, Bologna, 2019, p. 23, il quale discorre di «proprietà "unisoggettiva"». Per una analisi

Situazione giuridica “soggettivamente collettiva per congiunzione”, in quanto i comunisti, essendo tutti titolari di una situazione individuale (il diritto di proprietà o altro diritto, seppur nella misura della loro quota) e volendo tutti tendenzialmente ambire ad una identità o convergenza di interessi (amministrare la cosa comune in modo tale che la stessa sia ben conservata affinché tutti i titolari la possano utilizzare), tra le reciproche situazioni individuali costituirebbero un reciproco stato di congiunzione giuridicamente rilevante.

Precisamente, siffatta situazione si caratterizzerebbe, da un lato, per creare verso l'esterno una situazione finale rispecchiata dall'unità dell'oggetto (la titolarità della situazione giuridica del diritto di proprietà o di altro diritto sulla totalità del bene in comunione) e, dall'altro, per riconoscere una propria individualità giuridica anche alle singole sfere dei partecipanti (nella misura della quote di titolarità di ciascun partecipante, i comunisti sarebbero titolari di un vero e proprio diritto che non perderebbe il suo naturale contenuto giuridico).

Nello specifico, per congiunzione si intende che ogni comunista, in quanto titolare di un diritto individuale di (com)proprietà o di altra natura, seppur nella misura della quota, potrà esercitare tutte le facoltà ed i poteri tipicamente contenuti nello stesso, con il solo limite di non ledere la sfera giuridica degli altri comunisti titolari delle medesime facoltà e poteri di diritto.

A riprova di quanto appena affermato vi sarebbe anche lo scopo del rapporto di comunione che, come viene precisato, avrebbe natura gestoria¹²⁶.

I partecipanti alla comunione (*id est* del rapporto di comunione) altro non possono desumere se non il vantaggio di una gestione unitaria, che è la risultante di un loro dovere di coordinare e moderare l'esercizio dei rispettivi diritti: un dovere che è conseguenza della congiunzione dei

approfondita della categoria del rapporto giuridico unisoggettivo, v.: S. PUGLIATTI, *Il rapporto giuridico unisoggettivo*, Milano, 1951, p. 395 ss.; A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. del dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 480; S. PUGLIATTI, *Assegno bancario e rapporto unisoggettivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 454; P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, nel *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1975, p. 419; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, 1977, p. 333 ss.

¹²⁶ In tal senso, v. M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 394. *Contra* v. L. BARASSI, *op. cit.*, p. 144 secondo cui la funzione – alla luce del dettato legislativo di cui all'art. 2248 c.c. – non sarebbe gestoria ma di *godimento*. Più di recente, nel senso che lo scopo ultimo della comunione sia di godimento, v. R. CALVO, *op. ult. cit.*, p. 49 ss.

medesimi, i quali debbono essere regolati, perché ognuno dei partecipanti abbia il suo e non anche l'altrui. In altri termini, il rapporto di comunione si svolge, per un verso, come ordinata e coordinata attuazione individuale del diritto attribuito, così come è causalmente individuato, per altro verso, si svolge come gestione dell'interesse comune e, cioè, delle facoltà che oltrepassano l'interesse singolo, non quale gestione di questo interesse particolare. Si svolge, insomma, come buon governo del limite che l'interesse singolo subisce al contatto dell'interesse degli altri, così che l'oggetto sia conservato a tutti.¹²⁷

Inoltre, ad ulteriore riprova di quanto affermato vi sarebbe anche l'intera disciplina codicistica dettata in materia di comunione e condominio (artt. 1100 ss. c.c.), essendo la medesima tendenzialmente volta a regolamentare il profilo gestorio e conservativo della cosa comune. A titolo esemplificativo, basti pensare: 1) alla disciplina riguardante i limiti entro cui il partecipante può compiere "atti di disposizione materiale"¹²⁸ della cosa comune¹²⁹; 2) alla facoltà riconosciuta individualmente a ciascun partecipante di poter domandare lo scioglimento della comunione (art. 1111 c.c.); 3) alla facoltà spettante a ciascun comunista di rinunciare al proprio diritto di comproprietà conseguentemente liberandosi degli obblighi di contribuzione di spesa (art. 1104 c.c.), nonché di disporre della

¹²⁷ In tal senso, per lo svolgimento di un'ampia disamina in merito alla funzione gestoria, v. M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 396 ss. (ed autori ivi citati alla nota 23), secondo cui si ha funzione economica sociale gestoria anche quando la comunione lega soltanto due persone, ove si consideri che anche in tal caso vi sono da curare interessi oltrepassanti quelli individuali, come, ad esempio, la manutenzione e la destinazione della cosa, che non ridondano sempre a vantaggio di uno soltanto dei partecipanti, le innovazioni o le modificazioni idonee a migliorare il godimento spettante all'uno o all'altro.

¹²⁸ Non può che convenirsi con il tradizionale insegnamento (C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 332) secondo cui gli atti concernenti l'uso della cosa comune *ex art.* 1102 c.c. si identificherebbero con gli "atti di disposizione materiale" della stessa, essendovi, pertanto, una netta differenza di disciplina tra "atti di disposizione materiale" ed atti di disposizione giuridica della cosa comune; i primi sarebbero disciplinati dalle disposizioni degli artt. 1102 e 1108, 1° e 2° comma, c.c., mentre i secondi da quelle dell'art. 1108, 3° e 4° comma, c.c.. Nel senso che la normativa di cui all'art. 1108 c.c. contempra presupposti di validità differenti per gli atti di natura gestoria (maggioranza qualificata, ecc.) e dispositiva (unanimità dei consensi), v. M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 397.

¹²⁹ Tali atti incontrerebbero i limiti della destinazione impressa alla cosa comune, dell'uso paritetico da parte di tutti gli altri partecipanti, del miglior godimento della cosa comune (*ex art.* 1102 c.c.), nonché della maggioranza qualificata, del miglioramento della cosa comune, della maggiore comodità o redditività di godimento, del godimento paritetico degli altri partecipanti, della spesa non eccessivamente gravosa e della non pregiudizialità dell'interesse degli altri comunisti (*ex art.* 1108, 1° e 2° comma, c.c.).

propria quota (art. 1103 c.c.)¹³⁰; 4) alla possibilità che lo stato di indivisione interessi soltanto la posizione del nudo proprietario e non quella dell'usufruttuario¹³¹.

In altri termini, il rapporto di comunione avrebbe una propria struttura organizzativa (componente dinamica) che assolverebbe, come si è cercato di mettere in evidenza, una funzione materiale di natura gestoria; a quest'ultima sarebbe poi legata la componente statica del rapporto di comunione, nel senso che ciascun comunista sarebbe titolare di un vero e proprio diritto reale di comproprietà, nel cui contenuto dovrebbero annoverarsi le facoltà ed i poteri di godimento e disposizione giuridica della cosa comune, seppur nella misura della quota indivisa di cui ciascuno è titolare.

In tale ottica, il rapporto di comunione inciderebbe, innanzitutto, nella fase di esercizio del diritto di titolarità di ciascun comunista: il diritto di comproprietà di titolarità di ciascun comunista, pur avendo contenuto (*rectius* facoltà e poteri) analogo a quello del diritto di proprietà, dovrebbe

¹³⁰ L'intento del legislatore sarebbe nel senso regolamentare il rapporto di comunione soprattutto sotto profilo gestorio, al contempo distinguendo le fattispecie di disposizione della titolarità del diritto da quelle di gestione della cosa comune. Argomentandosi diversamente, difficilmente sarebbe rinvenibile la *ratio* di una specifica disciplina che riconosca a ciascun comunista un potere individuale di dividere o rinunciare: l'espressa attribuzione di tali facoltà sarebbe proprio testimonianza dell'intento del legislatore di dotare i partecipanti alla comunione, al fine di una gestione comune della cosa comune, di una specifica disciplina volta a conformare il potere gestorio di ciascun comunista, però, al contempo separandolo nettamente dal potere di disposizione della stessa. Volendo riprendere la dicotomia tra profilo statico e dinamico del rapporto di comunione (per cui v. anche *infra* nel testo), al potere di godimento dovrebbe accostarsi la quota di comproprietà intesa nella sua componente statica, laddove i poteri di gestione riguarderebbero l'organizzazione della cosa comune nella sua componente dinamica.

¹³¹ In giurisprudenza (Cass. 8 giugno 2001, n. 7785, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, p. 1154, il cui testo è reperibile sul sito www.dejure.giuffrè.it), in effetti, si è soliti affermare che “nel caso di comproprietà di beni gravati da un diritto di usufrutto, la partecipazione dell'usufruttuario al giudizio di divisione si rende necessaria nella sola ipotesi di comunione ereditaria, e sempreché l'usufruttuario rivesta, altresì, la qualità di erede (art. 713 c.c.), ma non in caso di divisione convenzionale, dovendo ritenersi consentito ai comproprietari, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, di pattuire fra di essi lo scioglimento della comunione stessa (art. 784 c.p.c.), senza che, in tale giudizio, l'usufruttuario acquisti la veste di litisconsorte necessario”. *Contra*, v. P. FORCHIELLI-F. ANGELONI, *Della divisione. Art. 713-768*, nel *Commentario del codice civile*, A. Scialoja e G. Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2000, p. 72. A sostegno di quanto asserito nel testo, inoltre, vi sarebbe la valida configurabilità della costituzione di un diritto reale di godimento da parte dei contitolari della nuda (com)proprietà: v. G. BRANCA, *op. cit.*, p. 146 ss. In siffatta ipotesi, allora, il potere gestorio sulla cosa comune spetterebbe ai contitolari della nuda proprietà, mentre il godimento della medesima sarebbe dell'usufruttuario, salvo il caso della comunione di godimento fra usufruttuario e proprietario. Sul punto, basti qui rinviare all'insegnamento di G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1956, p. 69 ss. Secondo l'a., sul presupposto che il ragionamento valevole per la nuda proprietà di titolarità di un unico soggetto possa estendersi anche all'ipotesi in cui la stessa appartenesse in comunione a più persone, purché diverse dai cousufruttuari (*ivi*, nota 4), in effetti, “è facile sostenere che le facoltà e le pretese formanti il contenuto della proprietà nuda appartengono per intero al nudo proprietario, mentre le facoltà e le pretese che rientrano nello schema legale dell'usufrutto appartengono per quote indivise al proprietario e all'usufruttuario (o ai cousufruttuari)”.

essere esercitato nella misura della quota, cioè consentendo e rispettando l'esercizio congiunto anche degli altri diritti sulla cosa comune¹³².

Siffatto esercizio congiunto dei diritti avrebbe, però, dei propri confini, un proprio ambito, oltre i quali si rischierebbe di trasformare la comunione nella veste societaria¹³³.

Inoltre, la titolarità del diritto posto in comune non spetterebbe alla collettività dei partecipanti, in quanto essa sarebbe di ciascun comunista *pro quota*: ne consegue, allora, che l'esercizio congiunto dei diritti non spetterebbe al gruppo di comunisti in quanto tale, nel senso che il gruppo utilizza la cosa e i frutti vengono poi ripartiti fra i partecipanti, come se i partecipanti potessero esercitare il loro diritto soltanto attraverso la mediazione o la cooperazione del gruppo e come se fossero semplicemente creditori¹³⁴. Anzi, il diritto di comproprietà dovrebbe essere esercitato da ciascun comunista *pro quota*, dovendolo al contempo esercitare con moderazione e coordinamento rispetto agli altri rispettivi diritti di comproprietà.

¹³² Nel senso che la comunione sarebbe caratterizzata, almeno nella fase di esercizio del diritto di ciascun comunista, da una componente dinamica, v. M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 277 e 278, il quale, nel tentativo di individuare i caratteri distintivi tra l'organizzazione comunione ed quella in veste societaria, giunge alla conclusione che la definizione di comunione di cui all'art. 2248 c.c. sarebbe del "tutto incompleta perché i compartecipanti si propongono l'esercizio integrale del diritto posto in comunione e, se la comunione è di proprietà, non si propongono soltanto l'*uti frui*, ma l'esplicazione di ogni facoltà che si comprende nella proprietà". Ancora, secondo il citato a., "la definizione è anche inesatta essendo il godimento un limite al quale i partecipanti ad una comunione debbono fermare l'esercizio dei loro poteri perché il rapporto non trasmodi nella società". Quindi, sempre secondo il citato a., "si dovrebbe sintetizzare la diversità fra la comunione e la società ripetendo l'antica formula per cui la comunione è una figurazione statica che non va oltre il mero esercizio del diritto nel suo contenuto tipico, e la società è una figurazione dinamica, perché attiva ciò che è stato conferito, al fine di indirizzarlo alla produzione ed allo scambio a fine di lucro. Ma comunione non è immobilismo, non è congelamento. La comunione non interdice l'esplicazione di quell'attività umana che è necessaria per rendere il diritto caduto in comunione idoneo a svolgere e sviluppare le sue attitudini a soddisfare i bisogni dei compartecipanti, o in via immediata, per l'utilizzazione diretta dei suoi vantaggi, o in via mediata, procurando i mezzi adatti a tale soddisfazione". Nel senso che il godimento *ex art.* 1100 c.c. debba essere qualificato come *esercizio* di un diritto reale, v. G. BRANCA, *op. cit.*, p. 23, il quale afferma che "godimento nel pensiero dell'art. 2248 c.c. non è altro, per concludere, se non esercizio d'un diritto reale: cioè il rapporto si costituisce fra le parti perché ciascuna di esse possa usare della cosa in modo autonomo e percepirne i frutti così come dicono gli art. 1101 e seg.". Per una ricostruzione differente, v. G. VITALE, *Comunione e società*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, p. 392; A. AMATUCCI, *Società e comunione*, Napoli, 1971, p. 47; G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di C. Angelici e G. B. Ferri, Torino, 2012, p. 230. e F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, aggiornato a cura di N. Z. Galgano, Padova, 2014, p. 568 ss.

¹³³ Su tale profilo, v. gli autori citati nella precedente nota.

¹³⁴ Per un'ampia disamina dell'argomento, v. M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 396, il quale afferma che "il godimento potrà essere esercitato dall'organo di amministrazione se ciò è pattuito, ma esso è sempre godimento individuale perché quell'organo rappresenta ciascuno dei partecipanti e quindi opera sempre nell'interesse singolo. Se è vero che la gestione tende anche a rendere più redditizia la cosa comune e di uso più comodo (art. 1108 primo comma), e che a tal fine essa deve concernere la cosa indivisibilmente, è anche vero che questa unitarietà di azione è necessaria solo da un punto di vista economico, mentre giuridicamente essa si svolge per un complesso soggettivo che dà la forma a più interessi individuali, non che li fonde, dando luogo a godimento di un gruppo".

In altri termini, esercizio congiunto dei diritti vuol significare proprio che ogni diritto dovrebbe essere esercitato nel rispetto degli altri, anche se ciascun comunista è titolare assoluto ed esclusivo del proprio.

La disciplina del rapporto di comunione garantirebbe proprio siffatto risultato: da un lato, che l'oggetto comune sia conservato a tutti e, dall'altro, che ogni titolare abbia facoltà di godimento e di disposizione propria del diritto di cui è titolare, essendo, seppur nei limiti della quota astratta ed ideale, ciascun comunista assimilabile ad un qualsiasi proprietario assoluto ed esclusivo¹³⁵.

¹³⁵ Le quote, pur non potendosi concretizzare con immediatezza su uno specifico bene della massa comune se non con il negozio divisionale, quindi seppur astratte ed ideali, si limiterebbero vicendevolmente nel senso che nell'ambito di esercizio di quella quota (per es. $\frac{1}{2}$) non potrebbe dubitarsi che il titolare della stessa abbia le medesime facoltà e poteri spettanti ad un esclusivo proprietario. Infatti, ciascun comunista avrebbe il diritto al godimento della cosa comune e, nei limiti della propria quota, di escludere al contempo gli altri partecipanti, di disporre della propria quota mediante alienazione o costituzione di ipoteca. In altri termini, avendo la quota di comproprietà contenuto analogo al diritto di proprietà, il comunista, al pari del proprietario esclusivo, sarebbe titolare di un diritto avente i medesimi caratteri che tradizionalmente contraddistinguono i diritti reali (assolutezza, pienezza, immediatezza, esclusività, inerenza): così come il proprietario ha la pienezza di facoltà e poteri sempre nel rispetto della sfera giudica altrui, allo stesso modo il comproprietario, nella misura della quota di cui è titolare, avrà pienezza di facoltà e poteri di godimento e disposizione. A voler insistere nell'individuare delle differenze tra proprietà e comproprietà, potrebbero rilevarsi che: 1) il proprietario ha il diritto di esercitare le facoltà ed i poteri contenuti nel proprio diritto in maniera definitiva rispetto un bene specifico, laddove il comproprietario ha diritto di esercitare il diritto sulla cosa comune soltanto temporaneamente, in quanto soltanto con lo scioglimento dello stato comunione potrà venire meno la temporaneità; 2) il proprietario ha pienezza di facoltà e poteri, ma nell'esercizio degli stessi non deve ledere la sfera giuridica della generalità dei consociati, laddove il comproprietario deve esercitare il diritto di cui è titolare innanzitutto rispettando la sfera giuridica degli altri comunisti. Orbene, non sembrerebbe che siffatte differenze siano idonee ad escludere l'assolutezza del diritto di comproprietà. Sul punto, seppur in senso dubitativo, v. G. BRANCA, *op. cit.*, p. 5 secondo cui "il fatto è che la contitolarità d'un medesimo diritto implica necessariamente l'interdipendenza dei singoli diritti di ciascun dei partecipi, cioè distrugge quell'autonomia strutturale che è forse il carattere saliente del dominio: essi sono strutturalmente tali che uno non può vivere senza o a dispetto dell'altro, mentre l'essenza della proprietà sta appunto nel suo vivere da sola: e questa loro dipendenza reciproca, questa loro organizzazione non può menomamente confrontarsi con quella che lega l'uno all'altro i vicini (limitazioni legali, obbligo di consorziarsi, ecc.) e che non è se non il limite della loro autonomia". In senso parzialmente difforme, v. R. CALVO, *op. cit.*, p. 21 ss., il quale mette in risalto che «a differenza della proprietà, la comunione – con specifico riguardo ai rapporti interni – ha come epicentro la *pars quota* che segna il profilo dimensionale della partecipazione al regime di contitolarità. Ebbene, in tale quota è ovviamente compreso il diritto, che sarà esercitato durante la divisione, alla porzione della cosa materiale; ma si tratta di una posizione soggettiva che *manente comunione* non è riconducibile al paradigma della proprietà, stante la sua complessità strutturale e funzionale venata dal bisogno di adattare – come si diceva – gli attributi tradizionali del dominio alla particolarità del rapporto collettivo. Vero invece è che tale quota non incorpora un mero diritto di credito, ma presuppone senz'altro la contitolarità della cosa, implicando – al fine di rendere godibile e amministrabile da tutti il bene indiviso – una disciplina speciale, la quale non può per l'appunto essere qualificata, se non ricorrendo a espedienti o inutili finzioni e formalismi, come proprietà. Più semplicemente, riconoscere – sulle orme della letteratura romanistica (la quale ha elaborato una teoria pluralistica o atomistica del nostro istituto) – che la comunione sia costituita da multiple proprietà concettualmente eguali e concorrenti sulla stessa cosa – come se la pluralità di partecipi presupponesse la pluralità di situazioni dominicali in capo a ognuno o, detto altrimenti, un rapporto di eguaglianze destinate ad autolimitarsi vicendevolmente – e che tale cumulo implichi la limitazione del diritto di ciascun comunista scaturente da quello dell'altro (o degli altri), significa dimenticare che l'additata limitazione reciproca, nascente dai diritti della medesima tipologia, non solo contraddice i caratteri d'assolutezza ed esclusività tipici della proprietà solitaria, ma nello stesso tempo crea le basi per accreditare la (fondata) deduzione a mente della quale comproprietà e proprietà sono diritti reali strutturalmente e funzionalmente diversi, per nulla sovrapponibili o assimilabili. Il diritto reale racchiuso nel concetto di *pars quota* è altro rispetto a quello venante la *pars quanta*: qui si parla di proprietà (solitaria) in senso classico (nel senso implicato dalla titolarità semplice anziché complessa), là di proprietà indivisa investente l'intera cosa (fatte salve le limitazioni derivanti dalle posizioni soggettive degli altri partecipi, ossia di proprietà "composita" (soggetta eccezionalmente al metodo assembleare) che non è

In tale ottica, quindi, la comunione avrebbe come conseguenza la creazione di uno stato di indivisione, il quale si caratterizzerebbe per la modifica strutturale del diritto sostanziale di proprietà, nel senso che si moltiplicano i soggetti a cui appartiene quel diritto e, al contempo, anche le posizioni soggettive che riguardano uno stesso oggetto¹³⁶; viceversa, lo stato di proprietario sarebbe contraddistinto dalla titolarità del diritto in capo ad un solo soggetto.

Conseguentemente, nella situazione di comproprietà la sfera di libertà di ciascun titolare sarebbe ridotta per la necessità di permettere a tutti, tramite apposita regolamentazione, un esercizio

accostabile – se non per semplici assonanze semantiche – alla proprietà *tout court*». Nell’ottica dei citati autori, allora, dovrebbe riconoscersi al singolo comproprietario la legittimazione ad esperire le azioni a difesa della proprietà. Per il riconoscimento in capo al singolo comunista della legittimazione ad esperire contro gli altri partecipanti alla comunione le azioni di reintegrazione e manutenzione *ex artt.* 1168 e 1170 c.c., nonché le azioni di nunciazione, v.: M. VITALEVI, *Della Comunione dei beni*, Torino, 1884, p. 277 ss.; L. RAMPONI, *Della comunione di proprietà o comproprietà*, Napoli-Torino, 1922, p. 843 ss.; L. BARASSI, *op. ult. cit.*, p. 391; L. SALIS, *La comunione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, IV, Torino, 1939, p. 53 ss.; G. FRANCHI, *Le denunce di nuova opera e di danno temuto*, Padova, 1968, p. 215 e, più di recente, R. CALVO, *op. ult. cit.*, p. 195. Per la legittimazione del singolo comunista all’esperienza anche delle azioni petitorie, v. M. VITALEVI, *op. loc. cit.* e G. BRANCA, *op. cit.*, p. 125 ss. Nel senso che, non trattandosi né di diritto di proprietà né diritto di credito, al singolo comunista vengono conferiti “diritti e doveri nuovi e diversi da quelli che appartenevano all’antecedente (unico) dante causa”, v. R. CALVO, *op. ult. cit.*, p. 26 ss., il quale, richiamando le teorie della finzione ed esaminando le sue ripercussioni sul concetto di comunione, finisce per accostare la situazione di comunione ad una proprietà strutturalmente e funzionalmente organizzata seppur non dotata di soggettività del gruppo, ponendosi come “statuto strumentale all’esercizio dei diritti (tanto assoluti quanto relativi) spettanti a ciascun partecipe sulla cosa indivisa” che serve a dare “linfa a un diritto reale dei comproprietari sul bene oggetto di contitolarità qualificato da un’identità tipologica autonoma, non potendo – si continui a osservare – essere sussunto nel paradigma della proprietà di cui all’art. 832 cod. civ”. In ogni caso, giova osservare che, anche nell’ottica di coloro che conferiscono alla situazione del contitolare una conformazione differente dal diritto di proprietà, nella comunione potrebbero scorgersi delle posizioni (reali ed obbligatorie) giuridicamente autonome, indipendenti e rilevanti reciprocamente fra loro in capo ad ogni singolo comunista.

¹³⁶ A questo punto, è doveroso mettere in risalto che con quanto affermato nel testo non si intende prendere in alcun modo posizione sul risalente dibattito, che sembrerebbe esulare dal campo di indagine della natura del rapporto di comunione, circa l’individuazione del rapporto tra *res* e singolo comunista, ricondotto da alcuni nella sfera del diritto proprietà, seppur frazionato, mentre secondo altri, non potendosi discorrere più di proprietà essendo lo stesso diritto di proprietà sospeso o assente, nella sfera del possesso. Non si intende prendere alcuna posizione nel senso che nella situazione di contitolarità e rispetto alla *res* in comunione vi sarebbero tanti diritti di proprietà frazionati in base al numero di comunisti (L. SALIS, *op. ult. cit.*, pag. 5 ss.). Anzi, l’intento sarebbe nel senso di limitarsi a mettere in rilievo che il diritto di comproprietà sarebbe unico verso l’esterno, non potendosi concepire con estrema certezza la coesistenza di più diritti di proprietà in capo ad un medesimo soggetto, essendo al contempo nel suo contenuto, in forza della disciplina codicistica che sembrerebbe alludere a delle quote astratte sull’intero bene, contraddistinto da un fascio di facoltà e poteri di titolarità ogni comunista (situazioni giuridiche soggettive), a prescindere dal contenuto (proprietà o possesso) e dall’oggetto (frazione o intera cosa comune) su cui tali facoltà verrebbero ad esplicarsi (cfr. D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, 3^a ed., Torino, 1950, p. 848). In altri termini, sotto il profilo esterno il predetto fascio apparirebbe come unitario, mentre all’interno esso dovrebbe scomporsi in tante situazioni giuridiche individuali e reciprocamente autonome. In tale ottica, la posizione del comunista, soprattutto dal punto di vista del contenuto del diritto di cui è titolare, potrebbe essere accostata a quella del proprietario esclusivo: come quest’ultimo nell’esercizio del proprio avrebbe pienezza ed esclusività di facoltà e poteri, con il limite di non ledere illegittimamente la sfera giuridica altrui, analogamente il comunista, in quanto comproprietario avrebbe, seppur nella misura della propria quota, facoltà e poteri di esercizio pieni ed esclusivi della cosa comune, con il limite di non ledere la sfera giuridica degli altri contitolari ed in generale degli altri consociati. Nel senso, invece, che il diritto di comproprietà differisca non solo formalmente ma anche strutturalmente e funzionalmente dal diritto di proprietà per una serie di profili di ordine sia quantitativo che qualitativo, tra cui si annovera la presenza del limite al godimento di cui all’art. 1102 c.c., v. R. CALVO, *op. ult. cit.*, p. 20 ss.

congiunto e contemporaneo del medesimo diritto in proporzione all'interesse di ciascuno, in modo da conciliare l'unità dell'oggetto con la pluralità delle situazioni giuridiche. Il rapporto fra la cosa e il diritto non è, cioè, più l'unico elemento strutturale della situazione, in quanto si intreccerebbe con esso il rapporto¹³⁷ fra i soggetti ai quali il diritto appartiene.

Inoltre, come è stato insegnato, il diritto di comproprietà “esige un ordinato esercizio da parte di ognuno, in modo che lo stesso possa veramente essere di tutti e le attuazioni di ciascuno si svolgano nel rispetto delle attuazioni degli altri. In modo che il risultato dell'esercizio di tutti riproduca quello che si produrrebbe se il diritto appartenesse ad un solo soggetto”¹³⁸. Comunione, però, non significherebbe che il diritto appartiene a tutti i partecipanti come gruppo, anziché singolarmente a ciascuno di essi, o che appartenga a più persone in maniera soggettivamente fungibile. Anzi, rileverebbe che “le situazioni singole, si raccolgono tutte sul diritto posto in comune, così da rispecchiare quell'unità giuridica che essa segnerebbe se ne fosse titolare un solo soggetto”¹³⁹.

Le singole situazioni giuridiche di titolarità di ciascun partecipante, quindi, non si fonderebbero, bensì si congiungerebbero tra loro, non perdendo al contempo la rispettiva sfera di autonomia e indipendenza.

Conseguentemente, la comunione “scinde il diritto reale comune in una pluralità di diritti che ne ripetono la natura, ciascuno a favore di uno dei partecipanti, ma tutti fra loro collegati per ciò che inerisce ad un interesse che li armonizza, quindi, con reciproca complementarietà al fine della gestione di tali interessi; per ogni altro effetto ognuno dei partecipanti avendo una propria autonomia”. Analogamente, “la porzione di diritto reale che è in una quota si scinde in più frazioni di diritti della stessa natura, che assieme riproducono l'unità della quota, quando questa passa a più persone; le quali

¹³⁷ A questo punto, ai fini di una corretta ricostruzione del rapporto di comunione, potrebbe trarsi giovamento dal rilevare che, almeno nell'ipotesi non infrequenti in cui manchi un regolamento della comunione, il rapporto di comunione, non essendo tendenzialmente di fonte contrattuale, sembrerebbe meglio accostarsi con quelli di natura assoluta e reale: il legislatore, limitandosi a dettare limiti e divieti nell'esercizio del diritto di comproprietà, sembrerebbe imporre in capo a ciascun comunista doveri e non obbligazioni giuridiche. Se proprio vuole insistersi, nel caso in esame, nel senso della configurabilità di un rapporto giuridico, tutt'al più, almeno sotto il profilo statico della comunione, potrebbe scorgersi un rapporto assoluto tutelato *erga omnes*.

¹³⁸ V. M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 379 ss.

¹³⁹ V. M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 405.

a loro volta sono titolari di situazioni autonome nell'ambito della comunione minore, mentre spetta al gruppo che costituisce questa comunione minore una posizione autonoma di dimensione maggiore¹⁴⁰.

2. Il comproprietario come terzo.

A questo punto, a seguito delle considerazioni dianzi svolte, ai fini di una migliore comprensione dello stato di comproprietà, preme rilevare l'esigenza di chiarire se i partecipanti alla comunione si trovino o meno in una posizione di terzietà reciproca, al pari del singolo proprietario rispetto alla generalità dei consociati.

Nel quadro della predetta ricostruzione della comunione in termini di situazione giuridica soggettivamente complessa, contraddistinta da un profilo statico (titolarità delle situazioni di diritto) e dinamico (organizzativo)¹⁴¹, in effetti, la risposta a suddetto quesito dovrebbe essere rinvenuta nella struttura e nella natura della situazione giuridica di comproprietà.

Come già rilevato, il contenuto del diritto di comproprietà, seppur nella misura della quota, può dirsi sostanzialmente analogo a quello del diritto di proprietà¹⁴².

In altri termini, nella prospettiva della tradizionale dicotomia tra diritti assoluti e relativi, quindi, il diritto di comproprietà dovrebbe avere natura e struttura di diritto reale¹⁴³.

A bene vedere, allora, essendo presupposto indefettibile dei diritti assoluti la tutelabilità nei confronti della "generalità dei terzi"¹⁴⁴, i comunisti devono trovarsi in una condizione di terzietà reciproca, pena la impossibilità di qualificare il diritto di rispettiva titolarità (comproprietà) nei termini

¹⁴⁰ V. M. FRAGALI, *op. loc. cit.* Per un'impostazione simile, v. L. BARASSI, *op. ult. cit.*, p. 137 ss.

¹⁴¹ V. sempre P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *op. loc. cit.*

¹⁴² In tal senso, v. L. BARASSI, *op. cit.*, p. 691, per il quale la comproprietà non è che un modo di essere del diritto di proprietà. Sul punto, più di recente, v. C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 330.

¹⁴³ Sul punto, v. L. BARASSI, *op. loc. cit.* In questi termini, v. sostanzialmente C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 322 ss., secondo cui "appare ancora valida la teoria della comunione quale quota di proprietà su cosa indivisa (teoria della *proprietà plurima parziaria*)", essendo la quota del comproprietario "frazione di proprietà che risulta dal concorso con i diritti degli altri comproprietari".

¹⁴⁴ Cfr., per tutti, C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 22.

di diritto assoluto; viceversa, la mancanza della predetta condizione di terzietà suggerirebbe di annoverare il diritto di comproprietà nella categoria dei diritti relativi.

Alla luce di siffatte considerazioni, in effetti, preme rilevare come secondo l'impostazione tradizionale più accreditata, la dicotomia tra diritti assoluti e relativi debba essere caratterizzata dalla posizione di potere corrispondente al titolare del diritto: quando alla situazione giuridica di quest'ultimo corrisponde una posizione di dovere di "tutti gli altri" soggetti, allora potrà discorrersi di diritto assoluto, mentre laddove alla posizione giuridica del medesimo corrisponda una situazione passiva di "uno o più soggetti determinati", più corretto è l'impiego della locuzione diritti relativi¹⁴⁵.

Rimanendo in tale prospettiva, è stato opportunamente rilevato che l'indagine in merito alla ricostruzione dei diritti assoluti andrebbe «più propriamente condotta in termini di "struttura" del rapporto, che si analizza appunto in relazione ai soggetti, all'oggetto e al contenuto»¹⁴⁶; del resto "la molteplicità dei profili, dai quali può essere condotta l'analisi del rapporto, sembra emergere dalla stessa distinzione tradizionale tra lato interno ed esterno del diritto soggettivo, che variamente è stata utilizzata per la contrapposizione dei diritti reali a quelli di obbligazione, la quale, s'è detto, assume un valore paradigmatico"; così, mentre "una parte della dottrina pone in primo piano, o addirittura reputa determinante, il cosiddetto lato esterno per caratterizzare la categoria dei diritti reali, un'altra parte considera rilevante a tale fine il solo lato interno inteso come relazione tra soggetto e bene tutelato; infine, altri affermano l'interdipendenza dei due profili"¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Così, F. SANTORO PASSARELLI, voce *Diritti assoluti e relativi*, in *Enc. del dir.*, XII, Milano, 1964, p. 748. V., più recentemente, per tutti, P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *op. cit.*, p. 80 ss.

¹⁴⁶ V., ancora, F. SANTORO PASSARELLI, *op. ult. cit.*, p. 749, dove viene rilevato che "già è stato notato in dottrina che il momento dell'efficacia è estraneo alla definizione dei diritti...ma probabilmente si deve dire di più, e cioè che del tutto improprio è lo stesso concetto di efficacia del diritto". Nell'ottica dell'a., «in realtà, l'efficacia attiene al "fatto" e non al rapporto, sicché, già in astratto, risulta evidente l'inesattezza di una ricostruzione su tale base». Per la medesima impostazione, v. sostanzialmente P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *op. cit.*, p. 67 ss.

¹⁴⁷ V. F. SANTORO PASSARELLI, *op. loc. cit.*, il quale aggiunge che "l'aver precisato i termini in cui va posto il problema giova non solo ai fini costruttivi, ma anche ad evitare confusioni ed equivoci, non rari in questa materia, fra struttura del rapporto e sua opponibilità". Secondo l'a., "di ciò mostra di non avere adeguata consapevolezza la dottrina, che, definendo il diritto assoluto come quello opponibile a tutti i terzi, implica nel concetto stesso di assolutezza il momento dell'opponibilità". Nella prospettiva dell'a., infatti, "i due profili, invece, vanno tenuti nettamente distinti", in quanto "anche con riferimento al rapporto di obbligazione, relativo per antonomasia, si parla di opponibilità ai terzi, mentre, per quanto attiene ai diritti reali, la loro opponibilità non è un automatico portato dell'assolutezza, ma è variamente regolata e graduata nel nostro ordinamento positivo in relazione all'istituto della trascrizione, per i beni immobili e mobili registrati, e al possesso, per i beni mobili". In proposito, v., ancora, P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *op. cit.*, p. 98 ss.

Ancora, sempre restando nell'orbita della tradizionale impostazione, l'analisi della situazione passiva correlativa al diritto costituirebbe il compito più arduo per la dottrina, la quale prospetta la possibilità di classificare i diritti sulla base della diversa struttura soggettiva del rapporto.

A bene vedere, un segno evidente di siffatte incertezze “è dato dal diverso significato che, nei vari autori, assume, quanto ai diritti assoluti, il riferimento agli *omnes*”¹⁴⁸.

Infatti, esso sarebbe «variamente inteso, come rapporto con “tutti” i terzi, ovvero coi soli soggetti dell'ordinamento, o ancora con quelli tra essi, che, per la posizione in cui si trovano rispetto al bene che costituisce oggetto del diritto assoluto, abbiano la possibilità concreta di violare il diritto stesso»¹⁴⁹.

In altri termini, quindi, le formulazioni indicate sarebbero ispirate, in sostanza, dalla comune preoccupazione di estendere la tutela giuridica del titolare del diritto assoluto fino al punto in cui essa appare necessaria per garantire l'esercizio del diritto stesso¹⁵⁰; solo che, come è stato acutamente osservato, “mentre l'una tiene conto della possibilità astratta della violazione, l'altra richiede che ne sussista la possibilità concreta”¹⁵¹.

Tuttavia, non può che condividersi il tradizionale insegnamento innanzi citato, nel senso che “tutti i soggetti dell'ordinamento hanno infatti la possibilità di ingerirsi nel bene oggetto del diritto assoluto, e pertanto l'interesse del titolare, per essere compiutamente tutelato, deve esserlo verso tutti”¹⁵²; del resto, non sembrerebbe ammissibile “giustificare la distinzione tra i soggetti dell'ordinamento in base ad una graduazione delle possibilità di una loro ingerenza sul bene, giacché la maggiore contiguità allo stesso non può valere certo a renderla probabile”¹⁵³.

¹⁴⁸ V. F. SANTORO PASSARELLI, *op. ult. cit.*, p. 750.

¹⁴⁹ V., ancora una volta, F. SANTORO PASSARELLI, *op. loc. cit.*, secondo cui “per giustificare l'estensione della posizione passiva a tutti i terzi si nota che chiunque potrebbe impossessarsi di una cosa, anche se agli antipodi, onde non può affatto apparire strano che il divieto assuma tale amplissima portata. Chi, invece, la restringe ai terzi che si trovino in una sfera di contiguità rispetto al bene obietta che solo costoro sono concretamente in grado di violare il diritto”. Sul punto, più di recente, v. P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *op. cit.*, p. 98 ss., ove si rileva che “i terzi assumono una pluralità di posizioni rispetto ad una situazione soggettiva”.

¹⁵⁰ Per un'ampia disamina sul punto, v., ancora, P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *op. cit.*, p. 80 ss.

¹⁵¹ Così, F. SANTORO PASSARELLI, *op. loc. cit.*

¹⁵² V. sempre F. SANTORO PASSARELLI, *op. loc. cit.* Più di recente, v., per tutti, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2021, p. 58 ss.

¹⁵³ V. F. SANTORO PASSARELLI, *op. loc. cit.*

Preme rilevare, inoltre, come in dottrina non si sia mancato di evidenziare anche la possibilità di dover escludere la configurabilità di un vero e proprio rapporto, comunque configurato, tra il titolare del diritto assoluto ed i terzi, in quanto il dovere di questi ultimi non sarebbe correlativo alla posizione di potere del primo¹⁵⁴. In tale ultima prospettiva, quindi, i diritti reali, paradigmatici dei diritti assoluti, sarebbero caratterizzati dal rapporto tra il loro titolare ed il bene e si contrapporrebbero ai diritti di credito appunto per l'assenza di un termine passivo soggettivo¹⁵⁵.

È significativo, peraltro, rilevare come, pure nel contesto dell'impostazione tradizionale dianzi citata, una siffatta conclusione non sembrerebbe validamente configurabile, essendo "la relazione tra il soggetto ed il bene...priva della nota caratterizzante della giuridicità" che presuppone a monte una relazione garantita dall'ordinamento giuridico¹⁵⁶.

Anzi, sempre secondo il predetto insegnamento, nel descrivere la posizione di potere del titolare del diritto assoluto e nell'analizzare la struttura del diritto stesso, non sembrerebbe "possibile prescindere dalla connessione con la posizione di tutti gli altri soggetti, che dalla relazione col bene oggetto del diritto sono, per l'appunto, esclusi: la posizione dell'uno trova la sua dimensione proprio nella posizione degli altri"¹⁵⁷.

In altri termini, secondo il tradizionale insegnamento, per i diritti assoluti, la posizione di dovere di tutti i consociati, pur non costituendo il lato passivo di tanti singoli rapporti, sarebbe

¹⁵⁴ Sul punto, v. F. SANTORO PASSARELLI, *op. loc. cit.*

¹⁵⁵ In tal senso, v. F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 751, il quale rileva che "in questa sede non è possibile, né sarebbe utile, operare una compiuta valutazione critica della teoria che s'è richiamata; certo è, però, che la configurazione di rapporti giuridici intercorrenti tra soggetti e beni, da essa prospettata, appare inconciliabile con la nozione secondo la quale il rapporto giuridico non può non essere una relazione intersoggettiva. Nulla vieta di denominare rapporto giuridico anche la posizione, garantita dall'ordinamento, di un soggetto rispetto ad un bene, purché sia chiaro che così si usa lo stesso nome per indicare due situazioni. Solo con questa ammissione può essere superata l'obiezione della non configurabilità di un rapporto giuridico che non intercorra fra soggetti. Il problema sostanziale riguarda piuttosto la stessa possibilità di delineare in modo compiuto la struttura del diritto assoluto, prescindendo da una relazione intersoggettiva tra il suo titolare e i terzi, e cioè astraendo dalla configurazione di un rapporto giuridico, quale inteso correntemente, e sulla base esclusiva di una determinata relazione, comunque la si qualifichi, tra lo stesso titolare e il bene".

¹⁵⁶ Così, F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 751 ss., il quale rileva che "la garanzia è data nell'unico modo atto a procurare al titolare del diritto assoluto il soddisfacimento del proprio interesse: cioè coll'impedire che altri vi interferiscano".

¹⁵⁷ V. F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 752, secondo cui «ciò non tiene in considerazione la dottrina esaminata, la quale, non contestando l'esistenza di un dovere di astensione da parte dei consociati, sul bene oggetto del diritto assoluto, afferma che esso "non è correlativo a quel diritto e rimane fuori la cerchia del rapporto giuridico"».

sicuramente in relazione con la posizione del titolare del diritto, che, in quanto tale, sarebbe legittimato in via esclusiva a soddisfare l'interesse tutelato¹⁵⁸.

Sembra, pertanto, potersi concludere che la distinzione tra diritti assoluti e relativi debba operarsi, esclusivamente, sulla base della diversa struttura soggettiva del rapporto, cioè della diversa relazione fra i soggetti del rapporto¹⁵⁹.

In conclusione, sul punto, come si è dianzi accennato, potrebbe dirsi che “l’assolutezza è il carattere dei diritti valevoli nei confronti di tutti consociati (*erga omnes*), cioè dei diritti che si strutturano come valevoli nei confronti di tutti i terzi, mentre relativi sono i diritti valevoli nei confronti di determinati soggetti”¹⁶⁰.

Orbene, se si intende per corretta siffatta impostazione tradizionale in merito alla natura e struttura dei diritti assoluti, inevitabilmente dovrebbe rilevarsi come, almeno sotto il profilo statico (e quindi esterno) della situazione di comproprietà, quest’ultima sia facilmente accostabile, per struttura, natura, contenuto ed interessi tutelati, a quella dominicale di titolarità di un singolo soggetto, piuttosto che a quella relativa attinente al campo dei rapporti obbligatori.

Specificamente, prevalendo nel nostro ordinamento una concezione romanistica della comunione, e quindi atomistica o pluralistica, ogni comproprietario “verrebbe ad essere titolare di una

¹⁵⁸ Sul punto, v. F. SANTORO PASSARELLI, *op. loc. cit.* Per una disamina sul punto più attuale, v. P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *op. cit.*, p. 80 ss.

¹⁵⁹ In tal senso, v. F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 752 ss., secondo cui “si è visto come non possa ammettersi che il diritto assoluto venga caratterizzato da un rapporto tra soggetto e bene. Rimane ora da considerare se questo profilo, designato come lato interno del diritto soggettivo, possa almeno concorrere con quello esterno a determinare, più compiutamente, le categorie in questione”. Secondo il citato a., in realtà, “il cosiddetto lato interno, che più propriamente va inteso come relazione diretta e immediata tra il soggetto del diritto ed il bene, viene pure, ed esattamente, in considerazione nell’analisi strutturale dei diritti soggettivi. È componente necessaria della nozione di diritto reale. L’interesse da questo protetto è infatti soddisfatto direttamente dal titolare, che si trova, appunto, in relazione immediata col bene. Di guisa che il dovere di astensione dei terzi, con riferimento ai diritti reali, si pone come secondario e riflesso, o forse meglio strumentale, rispetto alla realizzazione dell’interesse”. Al contempo, però, il citato a., non esita a rilevare che “come si è già visto, le due categorie dei diritti assoluti e relativi trascendono la tradizionale contrapposizione tra diritti reali e di credito, per cui il profilo interno, che pure costituisce un momento rilevante per la configurazione di queste due categorie, non può valere per le altre. Tant’è che nei diritti potestativi, che almeno in alcune figure si presentano palesemente come diritti relativi, la realizzazione dell’interesse protetto non viene attuata con la mediazione del soggetto passivo, che, come è noto, si trova in una situazione di mera soggezione, ma direttamente dal titolare, in modo ancora più evidente di quanto non avvenga nei diritti reali”. Per un’impostazione sostanzialmente analoga, v. F. GAZZONI, *op. loc. cit.*

¹⁶⁰ Così, C. M. BIANCA, *op. loc. cit.*

posizione giuridica autonoma ed indipendente, in cui fulcro centrale sarebbe la proprietà di ognuno sulla cosa”¹⁶¹.

A ben vedere, sempre restando nella prospettiva della tradizionale dicotomia tra diritti assoluti e relativi, nonché volendo adattare le considerazioni dianzi svolte al diritto di comproprietà, quindi, dovrebbe concludersi nel senso che ciascun comunista, al pari della generalità dei consociati (*omnes*) rispetto al titolare del diritto di proprietà, riverserebbe in una condizione di terzietà reciproca, in quanto ciascun comproprietario sarebbe sì titolare esclusivo di una quota di proprietà su una cosa indivisa, ma al contempo tenuto verso gli altri partecipanti (*erga omnes*) ad astenersi dall’arrecare molestia o nocumento all’esercizio del pari diritto di titolarità dei medesimi¹⁶².

In altri termini, ogni comunista in quanto titolare di una posizione giuridica autonoma ed indipendente di comproprietà, avrebbe, seppur nel limite della misura e ragione della quota di cui è titolare, facoltà e poteri di godimento e disposizione della cosa comune analoghi a quelli del proprietario¹⁶³.

In tale ottica, come il proprietario è legittimato all’esercizio indisturbato del contenuto della posizione di cui è titolare verso la generalità dei consociati (*erga omnes*), così il comunista è parimenti legittimato all’attuazione delle facoltà e poteri corrispondenti alla situazione giuridica di sua titolarità verso ogni altro comunista, essendo anche quest’ultimi tenuti ad esercitare il relativo di diritto sul bene comune nel rispetto della coesistenza delle quote dell’altro.

In sintesi, essendo tradizionale insegnamento subordinare la nozione di terzo a quella di titolarità del patrimonio¹⁶⁴, nella nozione di terzo non potrebbe che annoverarsi anche ogni singolo comproprietario della cosa comune: ogni comunista nell’esercizio delle facoltà e poteri di cui è titolare

¹⁶¹ In tal senso, v. L. BARASSI, *op. cit.*, p. 112 e *passim*.

¹⁶² *Contra*, peraltro, Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., per la quale il comproprietario non può essere qualificato “terzo” ai fini dell’applicabilità dell’art. 936 c.c. Cfr. *supra*, cap. I, par. 3.

¹⁶³ V. C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 330.

¹⁶⁴ Sull’argomento, v. l’ancora attuale pensiero di L. CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova, 1936, p. 2 ss., il quale rileva che “se una persona oltrepassa i confini del proprio patrimonio, può invadere il patrimonio altrui...sia compiendo un atto materiale (distruggendo, ad esempio, una cosa altrui) sia ponendo in vita un negozio giuridico (ad esempio, vendendo la cosa altrui)”. Secondo il citato a., inoltre, “la mancanza di *identità* tra il soggetto del negozio e il soggetto su cui – cioè nel cui patrimonio – devono verificarsene gli effetti (giuridici) è, dunque, la caratteristica essenziale dei negozi sul patrimonio altrui”.

non potrebbe sconfinare nel patrimonio (*i.e.* nella quota) altrui al pari di qualsiasi altro soggetto estraneo alla comunione¹⁶⁵.

Diversamente argomentandosi, quindi, probabilmente la situazione di comproprietà rischierebbe di non poter più essere annoverata nella tradizionale categoria dei diritti assoluti: escludendosi il comunista dal novero dei terzi soggetti tenuti al dovere di astensione dall'arrecare pregiudizio e/o molestia alla sfera patrimoniale altrui, ogni comproprietario potrebbe mettere in serio pericolo la posizione giuridica degli altri.

D'altronde, siffatta impostazione si presterebbe ad adattarsi perfettamente alle ricostruzioni dottrinarie formatesi attorno alla nozione di terzo.

In senso molto lato, attinente più al linguaggio comune che alla rigorosa terminologia giuridica, terzo sarebbe ogni soggetto estraneo al rapporto, in quanto non partecipe dello stesso¹⁶⁶.

In realtà, come già è stato rilevato anche di recente in dottrina, terzi rispetto ad un negozio giuridico “sono tutti coloro per i quali il negozio stesso appare irrilevante, nella cui sfera giuridica, cioè, il negozio non è in grado di sviluppare alcun effetto, quantomeno diretto”¹⁶⁷.

Nel tentativo di fornire una nozione di terzo che tenga conto delle peculiarità dei diritti assoluti, comunque, la categoria dei soggetti che riversino in una condizione di terzietà dovrebbe coincidere con quella della generalità dei consociati, sui quali dovrebbe gravare un generale dovere di astensione verso il titolare del diritto (*omnes*). Precisamente, terzi sarebbero tutti coloro che, a prescindere dalla sussistenza o meno di un rapporto giuridicamente rilevante intercorrente con il titolare del diritto

¹⁶⁵ V. L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 319 ss., il quale, soffermandosi sulla vendita che ha per oggetto la cosa comune eseguita da un solo condomino, rileva che “il compratore, data l'irrelevanza del contratto rispetto agli altri condomini, acquista per il momento soltanto una quota parte della cosa”, essendo quest'ultima “cosa altrui”.

¹⁶⁶ Sul punto, v. G. GIACOBBE, *Data certa*, in *Enc. del dir.*, XI, Milano, 1962, p. 701, il quale rileva che “la determinazione della posizione di terzo, secondo un orientamento metodologico che si intende seguire, non può essere operata astrattamente, applicando criteri di logica formale, sibbene concretamente rilevando gli elementi della fattispecie, quali sono delineati dalla specifica disciplina normativa”. Più di recente, v. F. RINALDI, *La donazione di bene altrui*, Napoli, 2012, p. 73.

¹⁶⁷ Così, v. F. RINALDI, *op. cit.*, p. 74, il quale precisa ulteriormente che «si può essere “terzi” non soltanto rispetto al negozio (si pensi al contratto a favore di terzi), ma anche rispetto al patrimonio oggetto di disposizione», cui si rinvia (*ivi*, nota 29), inoltre, per gli ulteriori riferimenti bibliografici.

assoluto¹⁶⁸, essendo portatori di un interesse contrapposto a quest'ultimo¹⁶⁹, dovrebbero astenersi (c.d. dovere negativo) dal porre in essere un comportamento che inibisca o ostacoli l'esercizio del diritto sulla cosa¹⁷⁰.

Ancora, la configurazione di una nozione di terzo relativa ai diritti assoluti necessiterebbe indefettibilmente di un'analisi della situazione passiva correlativa al diritto che, come è stato osservato¹⁷¹, costituisce il compito più arduo per la dottrina, che prospetta la possibilità di classificare i diritti sulla base della diversa struttura soggettiva del rapporto.

Come si è già dianzi accennato, in dottrina il riferimento agli “*omnes*” potrebbe assumere vario significato, in quanto esso potrebbe essere variamente inteso come rapporto con «“tutti” i terzi, ovvero coi soli soggetti dell'ordinamento, o ancora con quelli tra essi, che, per la posizione in cui si trovano rispetto al bene che costituisce oggetto del diritto assoluto, abbiano la possibilità concreta di violare il diritto stesso»¹⁷².

Insomma, nell'ottica delle teorie sulla natura giuridica dei diritti assoluti, è significativo rilevare come l'analisi dei diritti assoluti finisca inevitabilmente per invocare l'esigenza di elaborare una nozione di terzo. E, nell'ambito della dogmatica dei diritti assoluti, terzi dovrebbero essere gli “*omnes*”, cioè tutti quei soggetti di diritto nei cui confronti il titolare del diritto assoluto abbia piene facoltà e poteri di godimento e di disposizione sulla cosa, gravando al contempo sugli stessi un

¹⁶⁸ In dottrina (F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 752) è discusso se possa configurarsi un vero e proprio rapporto giuridico che si caratterizzi come relazione tra titolare del diritto e tutti gli altri (*erga omnes*), essendo diffuso convincimento quello di identificare il presupposto del rapporto giuridico nella relazione tra soggetti determinati. Come rilevato dal citato a., infatti, vi sarebbe un orientamento dottrinale (SANTI ROMANO, *Diritti assoluti*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 59; REGELSBERGER, *Pandekten*, Leipzig, 1893, § 51, 206 ed ENNECCERUS NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, I, Tübingen, 1959, § 81, 471) che metterebbe in discussione la tradizionale configurazione dei diritti assoluti, riconducendo il dovere di astensione corrispondente al diritto assoluto al generale principio del “*neminem laedere*”. Nell'ottica di siffatto orientamento, il principio del “*neminem laedere*” non presupporrebbe un vero e proprio rapporto giuridico.

¹⁶⁹ V. G. GIACOBBE, *Data (in generale)*, in *Enc. del dir.*, XI, Milano, 1962, p. 695, il quale rileva che “la qualifica di terzo non va intesa a modo di una specie naturalistica costante; al contrario essa ha essenzialmente carattere di relatività in funzione degli interessi che sono in gioco”.

¹⁷⁰ Sul punto, cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 750, il quale rileva che “per giustificare l'estensione della posizione passiva a tutti i terzi si nota che chiunque potrebbe impossessarsi di una cosa, anche se agli antipodi, onde non può affatto apparire strano che il divieto assuma tale amplissima portata”. Secondo l'a., invece, chi “la restringe ai terzi che si trovino in una sfera di contiguità rispetto al bene obietta che solo costoro sono concretamente in grado di violare il diritto”.

¹⁷¹ Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *op. loc. cit.*

¹⁷² Così, F. SANTORO PASSARELLI, *op. loc. cit.*

generale dovere di astensione, a prescindere dalla sussistenza o meno di un rapporto giuridico intersoggettivo¹⁷³.

In conclusione, la situazione soggettiva di natura assoluta sembrerebbe di per sé, quindi, presupporre la terzietà in capo a coloro che, non essendo titolari della stessa ed avendo un interesse contrapposto a quello del titolare, sarebbero destinatari di un dovere generale di astensione. Volendo analizzare siffatta fattispecie dal punto di vista del titolare del diritto assoluto, dunque, terzi sarebbero tutti coloro che nei confronti del primo riverserebbero in una posizione passiva di astensione¹⁷⁴.

Inoltre, anche a voler ravvisare la sussistenza di un rapporto tra terzo e titolare del diritto assoluto, in tale ottica, non dovrebbe essere messa in discussione la struttura e la natura dei diritti assoluti, in quanto terzo sarebbe inoltre colui che riversi in una relazione di natura reale con il titolare del diritto¹⁷⁵.

A ben vedere, se siffatta impostazione è corretta, ciascun comunista, rispetto agli altri partecipanti, dovrebbe essere considerato terzo¹⁷⁶: ogni comproprietario, trovandosi nella posizione passiva relativa a quella attiva di titolarità degli altri, rientrerebbe nella categoria degli “*omnes*”, alla cui

¹⁷³ Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 750 ss. Secondo l’a. (p. 752) “altro discorso, lo si è visto, va fatto per i diritti assoluti, nei quali la posizione di dovere di tutti i consociati, seppure non costituisce il lato passivo di tanti singoli rapporti, è sicuramente in relazione con la posizione del titolare del diritto, che è appunto tale in quanto legittimato in via esclusiva a soddisfare l’interesse tutelato”. In proposito, v. P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *op. cit.*, p. 81, i quali rilevano che “secondo la definizione corrente il diritto soggettivo è il potere riconosciuto dall’ordinamento a un soggetto per realizzare il proprio interesse”, discorrendosi di “facoltà per indicare gli aspetti attuativi del contenuto del diritto”.

¹⁷⁴ Sul punto, v. F. SANTORO PASSARELLI, *op. loc. cit.* Per una disamina più di recente, v., per tutti, F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 59.

¹⁷⁵ Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 751 ss. L’a., inoltre, muove (p. 752) una serrata critica alla dottrina secondo cui il dovere corrispondente ai diritti assoluti non sarebbe «“autonomo, come non è autonomo il simmetrico potere di tutelare la propria sfera giuridica: esso fa parte del dovere che ciascuno ha di non oltrepassare la propria sfera giuridica ledendo quella degli altri”». Secondo l’a., in effetti, la deduzione che la predetta dottrina ne vorrebbe trarre “vale a dire la estraneità del dovere alla struttura del rapporto, appare esorbitante, in quanto l’indicata notazione non sarebbe comunque incompatibile con la criticata configurazione del rapporto”. Nella prospettiva dell’a., quindi, l’opinione in esame avrebbe “il torto di assumere il concetto di rapporto giuridico intersoggettivo in una accezione troppo ristretta, ammettendone l’esistenza solo laddove al diritto corrisponda un obbligo”, al contempo escludendone la configurabilità laddove vi sia un dovere generale di astensione. In realtà, secondo l’a., il concetto di rapporto dovrebbe essere svincolato da siffatto apriorismo e dovrebbe essere inteso come “proporzione tra posizioni giuridiche soggettive”, in quanto non vi sarebbe “ragione per negare l’esistenza di un rapporto anche quando si tratti di un dovere che si ritenga di ricondurre al generale divieto del *neminem laedere*”. In conclusione, l’a. rileva (p. 752) che “il dovere, nel suo concreto atteggiarsi, non potrebbe considerarsi al di fuori della relazione e proporzione con le concrete posizioni di potere”. E v. anche P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *op. cit.*, p. 79, per i quali “il rapporto è dunque, sotto il profilo strutturale, relazione tra situazioni soggettive piuttosto che tra soggetti; e, dal punto di vista funzionale, è regolamento di interessi ovvero ordinamento del caso concreto”.

¹⁷⁶ *Contra*, sempre Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., la quale, proprio insistendo sulla circostanza che il comproprietario non possa essere qualificato come “terzo” ai fini dell’art. 936 c.c., giunge alla conclusione che i rapporti tra comproprietario costruttore e non vadano disciplinati dalle norme che regolano la comunione.

stregua dovrebbe astenersi dal porre in essere un comportamento che inibisca od ostacoli l'esercizio paritario del diritto degli altri partecipanti sulla cosa comune¹⁷⁷.

In altri termini, contraddistinguendosi il diritto assoluto non tanto per la sussistenza o meno di un rapporto tra comunisti, piuttosto per la posizione passiva corrispondente al diritto di astensione, il comunista non potrebbe che essere terzo rispetto all'altro, in quanto titolare di una situazione passiva rispetto alla cosa comune: situazione passiva che sarebbe ancora più avvertita rispetto a quella dei terzi non comunisti.

A sostegno dell'impostazione dianzi riferita, in effetti, si aggiunga che il diritto di comproprietà, avendo un profilo statico (esterno) e dinamico (interno)¹⁷⁸, sembrerebbe perfettamente adattarsi alla categoria dei diritti assoluti, caratterizzati da una componente esterna ed interna¹⁷⁹, piuttosto che con quella dei diritti relativi.

3. La destinazione economica e i limiti all'uso paritetico della cosa comune come riprova della condizione di terzietà reciproca dei comunisti (art. 1102 c.c.).

La soluzione nel senso di una condizione di autonomia ed indipendenza delle sfere giuridico-patrimoniali di ciascun partecipante, e, quindi, la terzietà reciproca tra i comproprietari, sembrerebbe, tra l'altro, trovare conforto normativo nella disciplina sull'"uso della cosa comune" di cui all'art. 1102 c.c.

¹⁷⁷ Secondo l'orientamento più diffuso in dottrina (P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *op. cit.*, p. 81), in effetti, "è detta obbligo anche la situazione correlata ai diritti reali: tutti sono obbligati a non interferire con il godimento del proprietario", anche se "per tale categoria si preferisce discorrere (anziché di obbligo) di dovere (generico)".

¹⁷⁸ V. L. BARASSI, *op. cit.*, p. 144, il quale osserva che "nessuno esclude che anche con questo sistema si imponga, finché la comunione dura, una organizzazione interna atta a disciplinare quelle autonomie, a convogliarle in modo da evitare l'anarchia". Secondo il citato a., infatti, gli artt. 1100 ss. c.c. non farebbero altro che mirare a disciplinare queste posizioni giuridiche autonome ed indipendenti di titolarità di ciascun comunista, "cioè proprio quel cozzo, quel caos che alcuni scrittori ritengono...una fatale e logica conseguenza di questo sistema pluralistico".

¹⁷⁹ Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 749, il quale rileva che «l'indagine va più propriamente condotta in termini di "struttura" del rapporto, che si analizza appunto in relazione ai soggetti, all'oggetto e al contenuto». Secondo l'a., "del resto la molteplicità dei profili, dai quali può essere condotta l'analisi del rapporto, sembra emergere dalla stessa distinzione tradizionale tra lato interno ed esterno del diritto soggettivo, che variamente è stata utilizzata per la contrapposizione dei diritti reali a quelli di obbligazione, la quale, s'è detto, assume un valore paradigmatico". Così, "mentre una parte della dottrina pone in primo piano, o addirittura reputa determinante, il cosiddetto lato esterno per caratterizzare la categoria dei diritti reali, un'altra parte considera rilevante a tale fine il solo lato interno inteso come relazione tra soggetto e bene tutelato; infine, altri affermano l'interdipendenza dei due profili".

Argomentandosi in differente modo, in effetti, altamente difficoltoso sarebbe rinvenire la *ratio* della disciplina sul divieto di alterazione della destinazione economica impressa alla cosa comune, nonché sull'uso paritetico della stessa (art. 1102 c.c.).

Infatti, come è stato osservato, “il limite della destinazione denota...la specificità della situazione d'appartenenza rientrante nella sfera giuridico-patrimoniale del comproprietario rispetto a quella – strutturalmente diversa – fondata sul dominio esclusivo, assodato che il *dominus* – a differenza del *condominus* – può *iure privatorum* mutare liberamente...la destinazione del bene oggetto del suo diritto reale assoluto”¹⁸⁰.

In altri termini, si è cercato di mettere in evidenza come il limite del divieto di alterazione della destinazione economica impressa alla cosa comune, concorra a caratterizzare il contenuto del diritto di comproprietà¹⁸¹.

In tale prospettiva, pertanto, si è rilevato che a ciascun partecipante spetterebbe (*ex art. 1102 c.c.*) il godimento della cosa comune “*in toto et in qualibet parte*” (c.d. solidarietà del godimento)¹⁸², in quanto sullo stesso oggetto vi sarebbero una pluralità di situazioni possessorie reciprocamente distinte ed autonome, nel rispetto della destinazione economica impressa alla stessa. Precisamente, si è rimarcato come il godimento solidale della cosa comune da parte di ciascun comunista incontri il limite della destinazione economica, al pari di quanto previsto in materia di usufrutto (art. 981 c.c.)¹⁸³.

Peraltro, la destinazione cui fa riferimento l'art. 1102 c.c. non sarebbe di facile e pronta intelligibilità, limitandosi quest'ultima normativa a richiamare *sic et simpliciter* il concetto di destinazione, null'altro specificando in relazione al carattere giuridico od economico della stessa, laddove l'art. 981 c.c., dettato in materia di usufrutto, alluderebbe al concetto di destinazione economica.

¹⁸⁰ V. R. CALVO, *op. cit.*, p. 166 ss.

¹⁸¹ Sul punto, v. R. CALVO, *op. cit.*, p. 163, il quale rileva l'inderogabilità del divieto di alterazione della destinazione economica della cosa comune. Secondo l'a., di conseguenza “l'eventuale accordo raggiunto da tutti i comunisti volto a eliminarlo sarebbe nullo perché colorerebbe di atipicità il rapporto reale in questione”.

¹⁸² V. R. CALVO, *op. cit.*, p. 157.

¹⁸³ V. G. BRANCA, *op. cit.*, p. 92, il quale rileva che per il cousufrutto non sarebbe stato necessario ricordare il divieto di alterazione della destinazione economica della cosa.

Pertanto, ai fini dello svolgimento del lavoro, sarebbe sicuramente utile comprendere se il divieto di alterazione della destinazione cui l'art. 1102 c.c. fa riferimento, debba intendersi in senso economico o giuridico¹⁸⁴.

Nell'ottica di una nota pronuncia giurisprudenziale, "tale destinazione, quando non risulti stabilita da un previo accordo tra i comproprietari, costituisce un connotato economico, non certo giuridico, del suolo, di cui sta ad indicare, invero, una specifica possibilità, non un vincolo, di sfruttamento"¹⁸⁵.

In realtà, come è già stato messo in evidenza, in materia di comunione la destinazione sarebbe il modo in cui la cosa comune andrebbe utilizzata¹⁸⁶. In altri termini, l'uso della stessa fisserebbe la destinazione cui tutti i partecipanti dovranno rispettare nell'esercizio del godimento solidale.

Specificamente, sempre in tale ottica, ad imprimere una certa destinazione piuttosto che un'altra alla cosa comune sarebbero: 1) la legge, nei casi di comunione di fonte legale (si pensi alla comunione del muro divisorio); 2) il disponente, nei casi di comunione incidentale; 3) il titolo, nel caso di comunione volontaria¹⁸⁷.

Ad ogni modo, eccetto la prima ipotesi in cui non sempre è materialmente possibile mutare l'utilizzazione della cosa senza cambiare il tipo di comunione, saranno "sempre i comunisti ad imprimere ad essa una destinazione piuttosto che un'altra"¹⁸⁸.

¹⁸⁴ Sul punto, v. R. CALVO, *op. cit.*, p. 162 ss., il quale afferma che il limite del divieto di alterazione della destinazione sarebbe «ben compendiato dalla locuzione "*salva rerum substantia*"», in quanto "la legge preclude al comunista di modificare (*sua sponte*) l'utilizzo cui il bene (indiviso) è preordinato secondo il preuso o, subordinatamente, in aderenza alle sue caratteristiche corporali e alle sue qualità giuridiche". Secondo l'a., così "l'immobile destinato a uso abitativo non può essere sfruttato dal singolo comunista per l'esercizio di un'attività commerciale, né il fondo rustico può essere da lui goduto per fini edificatori". *Mutatis mutandi*, "il comunista non può modificare la tipologia produttiva del terreno agricolo convertendo, ad esempio, un frutteto in seminativo, un vigneto in giardino, oppure un oliveto in vigneto".

¹⁸⁵ Cfr. Cass. 30 marzo 1993, n. 3853, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, p. 580 (integralmente reperibile su www.dejure.giuffrè.it). Del medesimo avviso sarebbe anche Cass. 28 agosto 2020, n.18038, in *Giust. civ. Mass.*, 2020 (integralmente reperibile su www.dejure.giuffrè.it). In sintesi, secondo la giurisprudenza, in assenza di un previo accordo tra comproprietari, per destinazione dovrebbe intendersi il connotato economico (e non giuridico) del suolo, cioè una specifica possibilità, tra le tante possibili, di sfruttamento economico dello stesso.

¹⁸⁶ Sul punto v. G. BRANCA, *op. cit.*, p. 92

¹⁸⁷ Cfr. G. BRANCA, *op. ult. cit.*, il quale rileva che, nel caso di comunione incidentale, "la destinazione risulterà o dal negozio costitutivo (testamento) o dall'uso che della cosa faceva il testatore e che i comunisti hanno espressamente o tacitamente accettato".

¹⁸⁸ V. G. BRANCA, *op. ult. cit.*, per il quale "siamo in un campo nel quale la volontà delle parti è sovrana ed è osservazione antica quella con cui si rilevò che l'utilizzazione voluta da tutti i partecipanti, anche se contraria alla funzione naturale della cosa od agli usi, deve essere rispettata".

La destinazione potrà essere impressa dagli stessi espressamente o tacitamente¹⁸⁹ e, laddove dovesse mancare un atto di volontà (espressa o tacita) determinativo della destinazione, l'utilizzazione da rispettarsi sarebbe quella "naturale o usuale"¹⁹⁰.

Ancora, l'uso da rispettare sarebbe quello "attuale, cioè, l'ultimo voluto o praticato"¹⁹¹.

In sintesi, nell'ottica del predetto insegnamento, la destinazione cui l'art. 1102 c.c. fa riferimento non sembrerebbe essere di natura economica e/o giuridica, dipendendo la stessa dall'uso concreto impresso dalla legge o dalla volontà (espressa o tacita) dei comunisti¹⁹².

Così individuata la nozione di destinazione di cui all'art. 1102 c.c., nell'analizzare la questione della demarcazione dei confini del predetto divieto dal punto di vista della situazione giuridica di comproprietà, quindi della sua struttura, natura e contenuto, pertanto, è possibile arguire come il predetto divieto, piuttosto che porre limiti indiscriminati ai poteri spettanti a ciascun comunista, intenda evitare che l'estrinsecazione di siffatti poteri influisca (ledendola) sulla sfera giuridico-patrimoniale degli altri comunisti.

In tale prospettiva, allora, pare possibile giungere alla conclusione nel senso che il rispetto della destinazione non formerebbe il contenuto di un obbligo particolare del comproprietario verso gli altri, bensì un vero e proprio limite della facoltà di godimento ed utilizzazione della cosa comune.

¹⁸⁹ Cfr. G. BRANCA, *op. cit.*, p. 93 ss., secondo cui "quando non vi siano stati né l'accordo unanime, né l'intervento della maggioranza, la destinazione può risultare da ciò, che i comunisti, senza contrasti o con pratica costante, l'abbiano data e osservata di fatto". Secondo l'a., "si parla di volontà tacita e si dirà come essa prevalga su una diversa funzione naturale della cosa e sulla destinazione che gli uomini usano dare, in generale o nella regione o nel luogo, a cose del genere". Inoltre, l'a., sempre riferendosi alla volontà tacita, aggiunge che "prevalga perfino su una utilizzazione fissata in qualunque modo, o praticata, in precedenza". Infine, sempre secondo l'a., "molte volte la destinazione, più che da volontà tacita, risulta da un particolare adattamento della cosa, da un atto di disposizione analogo a quello della destinazione del padre di famiglia o a pertinenza".

¹⁹⁰ V. G. BRANCA, *op. cit.*, p. 94, il quale rileva che "se sono naturali o normali due o più utilizzazioni (il campo, ad es., può essere destinato ugualmente bene a orto o a frutteto), il comunista può scegliere e osservare l'una o l'altra, ma è tenuto a non turbare solo quella effettivamente praticata da tutti".

¹⁹¹ V. G. BRANCA, *op. loc. cit.*

¹⁹² Cfr. App. Milano, sez. II, 20 giugno 2019, n.2732, reperibile su www.dejure.giuffrè.it, che, in riferimento al divieto di alterare la destinazione della cosa comune, rileva come "esso postula la verifica della legittimità dell'uso da parte dei comunisti", a tale fine ricordando che "le eventuali limitazioni o alterazioni dell'uso del bene comune vanno riguardate in concreto, cioè con riferimento alla effettiva utilizzazione che il condomino intende farne e alle modalità di tale utilizzazione". In dottrina (G. BRANCA, *op. cit.*, p. 93), si è soliti fare l'esempio della nave, che invece di essere destinata alla navigazione (destinazione economica), viene posta in secco ed utilizzata in altro modo.

In altri termini, quel che si sta cercando di mettere in risalto è che ciascun comproprietario sarebbe legittimato ad utilizzare e sfruttare la cosa comune nei modi che non intaccano o modificano la sua destinazione. Pertanto, se qualcuno di essi dovesse utilizzarla o sfruttarla in altri modi, andrebbe a violare non un rapporto obbligatorio connesso alla comproprietà, bensì direttamente la situazione di comproprietà, essendo l'obbligo di rispettare la destinazione un aspetto dell'obbligo di non ingerenza che grava su tutti i terzi e quindi anche su ciascun comproprietario.

È diffuso convincimento, in effetti, ritenere che nel caso in cui uno stesso diritto sia di più persone o, viceversa, che più persone abbiano uno stesso diritto su una medesima cosa, questo diritto o questa cosa non risulterebbero frazionati in parti concretamente determinate o ideali, ciascuna assegnata ad ognuna delle persone, intendendosi, invece, che ogni partecipante avrebbe individualmente tutto quel diritto nel suo patrimonio senza pregiudizio dell'interesse degli altri¹⁹³.

In altri termini, comproprietà significherebbe che quel diritto sarebbe di ciascuno dei partecipanti in una maniera tale da permettere a tutti di esercitarlo nell'integralità del suo contenuto entro i limiti del rispettivo interesse: ciascun titolare di quel diritto, secondo la delimitazione risultante dalla quota, avrebbe facoltà e poteri di esercizio sulla totalità della cosa ai fini dell'attuazione del proprio interesse.

Come già è stato osservato, la limitazione del diritto di ciascun partecipante alla dimensione del rispettivo interesse non sarebbe di per sé idonea ad alterare e menomare la natura dello stesso, in quanto le limitazioni conseguenti allo stato di comunione sarebbero soltanto quantitative, conferendo soltanto misura al diritto. Pertanto, il diritto di titolarità di ciascun comunista non avrebbe sostanza diversa da quella che aveva quando lo stesso era nato nella proprietà di uno solo: "la quota non nova la qualità del diritto ma ne ripartisce l'esplicazione"¹⁹⁴.

¹⁹³ Cfr., per tutti, R. CALVO, *op. cit.*, p. 157 ss.

¹⁹⁴ V. M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 435 ss. Nell'ottica del predetto insegnamento, tra l'altro, siffatta ricostruzione del rapporto di comunione non sembrerebbe essere messa in discussione dall'incertezza generata dalle diverse posizioni maturate circa la "natura" della comunione. Secondo una corrente di pensiero (L. BARASSI, *op. ult. cit.*, p. 141 ss.; L. SALIS, *op. cit.*, p. 5 e M. DOSSETTO, «Comunione e divisione», in *Riv. dir. comm.*, 1949, I, p. 497) si tratterebbe di più proprietà o, comunque, di più diritti (di proprietà, superficie, enfiteusi, usufrutto) limitati, nonché di quote ideali o intellettuali (M. VITALEVI, *op. ult. cit.*, p. 10 ss.; L. RAMPONI, *op. ult. cit.*, p. 31 ss.) mentre secondo altro indirizzo (G. BONELLI, *I concetti di comunione e di personalità nella teoria delle società commerciali*, in *Riv. dir. comm.*, 1903, I, p.

Ad ogni modo, la situazione giuridica di ciascun partecipante alla comunione incontrerebbe il limite dell'obbligo, gravante su ogni comunista, di rispettare la sfera giuridica individualmente spettante agli altri nell'ambito della rispettiva quota di loro titolarità, nonché dell'obbligo di esercizio nel rispetto dell'interesse alla buona gestione ed al miglior godimento della cosa comune¹⁹⁵.

È, in effetti, l'ordinamento della comunione a conferire a ciascun diritto soggettivo una propria individualità delineata dalle norme che attribuiscono diverso contenuto ai singoli diritti nonché ai diritti comuni, i quali pure avrebbero un'autonomia in quanto non potrebbero sopportare l'influenza di interessi particolari¹⁹⁶.

Il rapporto di comunione, quindi, permette di distinguere tra diritti individuali e diritti comuni, nonché la configurabilità di diritti che i partecipanti potrebbero esercitare senza ingerenza altrui; in tal modo si risponderebbe all'esigenza di armonizzazione di questi diritti che, a causa della loro

304 e ID., *Personalità e comunione*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, I, p. 741 ss.; L. COVIELLO, *La quota indivisa e il divieto di espropriazione forzata*, in *Giur. it.*, 1903, IV, p. 249) non si potrebbe parlare di più proprietà essendo lo stesso diritto di proprietà sospeso o assente e, ancora, secondo altro orientamento (L. COVIELLO, *op. ult. cit.*, p. 248) si tratterebbe di possesso in comune, nonché di una proprietà collettiva (G. BRANCA, *op. cit.*, p. 5 ss. e 40 ss., che discorre di "collettività organizzata, o persona giuridica *collettiva*"). Per un'ampia ed approfondita critica alle varie tesi susseguitesì nel corso degli anni, nonché per la ferma convinzione che "la costituzione della comunione attribuisce tutto il diritto (o tutta la cosa) ad ognuno dei partecipanti" (c.d. sistema della proprietà o della titolarità plurima integrale), per tutti, v. M. FRAGALI, *op. loc. ult. cit.*, p. 269 ss., spec. p. 305 ss. ed autori ivi citati alla nota 103). Orbene, queste tesi, a prescindere dalla loro fondatezza, più che esaminare la natura del rapporto di comunione andrebbero ad analizzare il rapporto tra cosa e diritto spettante a ciascuno dei partecipanti, quindi, gli effetti conseguenti dalla nascita della situazione di indivisione (cfr. M. FRAGALI, *op. ult. cit.*, p. 378, per il quale "il motivo della non configurabilità di una proprietà in capo a più soggetti ritorna nella dottrina secondo la quale, durante la comunione, la proprietà...è assente o è sospeso, e in quella che riconosce ai partecipanti soltanto il possesso in comune della cosa; ma si tratta di posizioni che, per quanto dichiaratamente dirette a individuare la natura della comunione e come tali intese dalla dottrina che vi si è riferita, in concreto non fanno che definire il rapporto che v'è tra i partecipanti e la cosa, così da confondere l'indagine sulla natura della comunione come fattispecie riferita ad un diritto reale e fonte di particolari effetti riguardo a questo diritto, con la determinazione degli effetti causati dallo stato di indivisione"). In conclusione, sia che si aderisca all'una o all'altra ricostruzione in tema di rapporti tra la cosa ed il diritto, non sembrerebbe potersi mettere in discussione la ricostruzione del rapporto di comunione in termini di realtà del diritto di ciascun comunista: il diritto di proprietà o, comunque, altro diritto interessato dalla situazione di contitolarità, all'esterno continuerebbe ad apparire come unitario dal punto di vista del suo contenuto ed al contempo, essendo un fascio di situazioni giuridiche e di facoltà, all'interno attribuirebbe ad ogni comunista uno stato di terzietà reciproca.

¹⁹⁵ V. L. BARASSI, *op. ult. cit.*, p. 709 e M. FRAGALI, *op. ult. cit.*, p. 406. Più di recente, v., per tutti, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, cit., p. 328 ss.

¹⁹⁶ V. M. FRAGALI, *op. ult. cit.*, p. 406, il quale testualmente afferma che "l'ordinamento della comunione adatta una originaria situazione solitaria al pluralismo soggettivo in cui essa trapassa quando viene nella titolarità di più persone; articola l'esercizio del diritto fra i suoi titolari permettendo singolarmente o imponendolo collegialmente a seconda degli interessi in gioco, ma articolando, più che confondere, isola frazioni del tutto, prima di tutto imbrigliate, e permette libere esplicazioni, necessariamente dando a ciascuna una propria individualità".

simultanea convergenza sul medesimo oggetto e vicendevolmente limitandosi, potrebbero ritenersi fra loro perfettamente integrati ed in sintonia¹⁹⁷.

Tra l'altro, la separazione tra diritti di tutti sulla cosa comune e diritti di ciascuno sulla cosa comune si desumerebbe con tutta evidenza dal complesso di norme dell'ordinamento¹⁹⁸, nonché da una lettura a *contrario* della nozione di comunione¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Sul punto, v. M. FRAGALI, *op. ult. cit.*, p. 406 ss., che respinge la teoria (WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, Torino, 1902, I, § 142 e 169) dell'unico diritto spettante a più soggetti. Secondo il citato a., sarebbe "inconciliabile...che il diritto reale possa rimanere uno quando appartiene a più soggetti", in quanto in siffatto modo non sarebbe stato avvertito "che ciò che appare unico diritto" in realtà sarebbe "il frutto della notata convergenza di più situazioni esclusive", le quali si ritroverebbero "assieme per ciò che, del diritto originario", evaderebbe dalla "sfera singola", e dovrebbe "da essa evadere", perché apparterrebbe "contemporaneamente a tutti", cosicché non potrebbe "sottostare alla volontà di uno solo" e dovrebbe "subire il governo di tutti" e ciò che sarebbe "indistintamente di tutti" ovviamente non sarebbe "ciò che è distintamente di ciascuno" ed assurgerebbe "esso stesso ad una posizione autonoma, sulla quale tutti collegialmente" eserciterebbero poteri.

¹⁹⁸ Cfr. artt. 1103 e 1111 c.c., i quali attribuiscono al partecipante poteri che egli può esercitare singolarmente *iure proprio*; gli artt. 1108, 1109, n. 3 e 1120, 2° comma, c.c. che delimitano precisamente il confine di esercizio dei poteri comuni dei partecipanti, superato il quale verrebbe in pregiudizio il diritto individuale o l'interesse di ciascuno; l'art. 1138, 3° co., c.c. per cui il regolamento della comunione edilizia non potrebbe, in alcun modo, menomare i diritti del singolo partecipante così come risultanti dagli atti di acquisto e dalle convenzioni.

¹⁹⁹ V. M. FRAGALI, *op. ult. cit.*, p. 409, il quale rileva che "l'ordinamento addivene dunque ad una distinzione fra ciò che è di ciascuno e ciò che è di tutti, e lo fa con norme di contenuto particolare, riconducibili a sistema", apparendo "sterile polemica quella che tende a ricercare se esso ha attribuito diritti individuali per ovviare al pericolo di abusi della maggioranza o sotto l'influsso del principio di buona fede che domina l'attuazione di ogni rapporto giuridico". Secondo il citato a., "questa polemica...è viva sul terreno della società per azioni...ma per la comunione è sufficiente osservare che il nostro ordinamento, costretto a scegliere fra il regime romanistico che esaltava l'autonomia della posizione del partecipante e il regime germanico che quella autonomia attenuava nel rigore di una disciplina comune, ha optato per la prima alternativa, dando ai partecipanti il massimo di esonero dalla soggezione al potere della maggioranza che ha potuto ritenere compatibile con la comunione di interessi cui dà vita lo stato di indivisione" ed avendo il criterio dell'unanimità per la gestione dell'interesse comune "favorito la *prohibitio* di uno solo, quindi pregiudicato la funzionalità del rapporto potendo anche immobilizzarlo, così da fare del dissenziente il despota o il tiranno della situazione comune, e della situazione comune una situazione esclusiva". Sulla tematica, seppur in materia di società per azioni, v. G. FERRI, *La tutela delle minoranze nelle società per azioni*, in *Dir. prat. comm.*, 1932, I, p. 26 e V. BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli, 1960, p. 22 e 244), i quali rilevano che l'ordinamento della comunione, nonostante sia carente di norme positive di carattere generale, dalle quali "la legge deve fuggire" altrimenti peccando la stessa di essere "definitoria" (M. FRAGALI, *op. ult. cit.*, p. 409 (nota 11)), in tema di diritti individuali del partecipante non precluderebbe un'indagine su norme particolari che potrebbe condurre alla delimitazione delle due categorie di diritti richiamate nel testo. A mettere bene in risalto le differenti caratteristiche del criterio maggioritario rispetto a quello unanimistico, facendo emergere con estrema chiarezza le negatività del ricorso a quest'ultimo, con espresso riferimento all'istituto della comunione v. A. VENDITTI, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Napoli, 2015, p. 39 ss., per il quale "è noto come il carattere individualistico del sistema romano, che si manifestava "in tutta la sua potenza nel condominio", escludesse assolutamente "quella espressione genuina dell'organizzazione collettiva, che è il governo della maggioranza", per accordare, invece, a ciascuno dei partecipi, quello che fu indicato come la chiave di volta dell'istituto per diritto classico, il *ius prohibendi*, onde non potesse funzionare se non per l'unanime accordo di tutti; risultato antieconomico di un rapporto senza disciplina, constatavano gli storici, condannandolo come "il più antisociale possibile, anzi addirittura anarchico". Conseguenza ne era, infatti, l'alternativa fra l'immobilità e lo scioglimento: e già nei testi riscontriamo la accusa che la *communio* è *mater rixarum*...l'evoluzione della disciplina del condominio dimostra chiaramente che il subentrare della regola maggioritaria all'originaria mancanza di disciplina implica l'abolizione o, almeno, il temperamento del potere di veto, con la conseguente disponibilità, ad opera dei più, dell'autonomia individuale, non più intangibile, per l'avvenuta sostituzione di valutazioni solidaristiche all'originario atomismo; ma tale risultato, già manifestato come tutela dell'interesse collettivo nella compilazione giustinianea, non importa *reductio ad unum* dell'elemento soggettivo, non ha il valore di riconoscimento come entità unitaria del gruppo organizzato".

In sintesi, i partecipanti alla comunione sarebbero titolari sia di diritti comuni che di diritti individuali, cioè di diritti che sono loro attribuiti singolarmente (*uti singuli*) nonché come componenti del gruppo comunitario (*uti soci*).

Necessariamente, ad ognuna di tali categorie dovrebbe corrispondere una distinta posizione giuridica dei partecipanti, i quali, di conseguenza, sarebbero destinatari di due diversi gruppi di norme, le une di contenuto reale e le altre di contenuto obbligatorio, essendo al contempo al centro di due sfere giuridiche.

La prima sfera racchiuderebbe “il diritto di quota”, mentre la seconda includerebbe “il diritto alla cogestione degli interessi che esorbitano dal confine di quello di quota, e, in genere, le relazioni che la comunione instaura fra i soggetti del rapporto”²⁰⁰.

Il partecipante, quindi, come titolare del diritto di quota, oltre al diritto di “servirsi della cosa comune” nei limiti indicati di cui all’art. 1102, 1° co., c.c., avrebbe piene facoltà e poteri di disposizione della propria quota (art. 1103, 1° co., c.c.), nonché il diritto di conseguire in ogni tempo parte di quella cosa comune in natura o in danaro al tempo della divisione (art. 1111 c.c.), di impugnare il regolamento della comunione e le deliberazioni della stessa che rechino pregiudizio al suo “godimento” particolare (art. 1109, 1° co., n. 3, c.c.) e, in genere, ai diritti particolarmente riservatigli dal titolo o dalla legge (arg. 1138, 4° co., c.c.); quale componente del gruppo comunitario (quindi come titolare dei c.d. diritti corporativi)²⁰¹, invece, potrebbe concorrere all’amministrazione della cosa comune contribuendo alla formazione della volontà inerente alla gestione ed alla costituzione degli organi che dovrebbero esprimere la predetta volontà (art. 1105, 1° co., c.c.), nonché avrebbe il diritto di verificare l’esatta e regolare applicazione delle deliberazioni comuni, delle norme del regolamento della comunione ed in genere delle determinazioni del titolo o della legge (arg. art. 1105, 4° co., c.c.)²⁰².

²⁰⁰ V. M. FRAGALI, *op. ult. cit.*, p. 410 ss.

²⁰¹ V. M. FRAGALI, *op. ult. cit.*, p. 411.

²⁰² Cfr. M. FRAGALI, *op. ult. cit.*, p. 411, secondo cui questo controllo potrebbe essere posto alla base dei poteri accordati dall’art. 1105, 4° co., c.c., dall’art. 1109, 1° co., n. 1 e 2, c.c. e dall’art. 1138 c.c.

In altri termini, i diritti individuali che andrebbero a riempire di contenuto il diritto di quota di titolarità di ciascun comunista potrebbero essere classificati come veri e propri diritti soggettivi, ai quali si collegherebbero anche quei diritti alla cogestione della cosa comune, non potendosi giustificare i primi come semplice riflesso della normativa che detta limiti ai poteri della maggioranza del gruppo²⁰³.

D'altronde, anche nell'ottica di coloro che ricostruiscono la comunione in termini di "persona giuridica collettiva", gli interessi ed i poteri individuali di ciascun comunista vengono tenuti debitamente distinti da quelli della collettività dei partecipanti sulla cosa comune, nonché da quelli del singolo comunista di partecipare alla gestione di essa, vale a dire di concorrere alla formazione della volontà del gruppo²⁰⁴.

Sintetizzando, ciascun comunista sarebbe titolare di facoltà e poteri individuali sulla cosa comune che, pur essendo limitati dalla legge (uso paritetico e destinazione economica) ed indiscutibilmente corrispondenti ad un diritto sulla cosa, sembrerebbero avere i caratteri propri dei diritti reali²⁰⁵.

Se ciò è vero, come pare, allora, ciascun comunista, essendo titolare di facoltà e poteri individuali di natura reale e riversando nella posizione passiva degli "*omnes*", sarebbe terzo rispetto all'altro. E, nel caso in cui uno di essi dovesse esercitare le facoltà conferitegli oltre i limiti della destinazione impressa alla cosa comune, si abuserebbe del diritto di comproprietà. Di conseguenza, gli altri comunisti potranno avvalersi, contro il comunista autore dell'alterazione, dei mezzi concessi

²⁰³ In questo senso si veda M. FRAGALI, *op. ult. cit.*, p. 411. *Contra*, limitatamente alle società per azioni, si veda G. FERRI, *op. cit.*, p. 23.

²⁰⁴ Sul punto, v. G. BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici*, cit., p. 13 ss., il quale, dopo aver rilevato che non vi sarebbe nulla di strano o di contrastante con il principio della personalità giuridica della comunione, avendo la dottrina moderna ormai costruito "la categoria dei diritti individuali dei membri delle persone giuridiche", afferma che "essa però non appaga del tutto: potremmo anche ammettere che il diritto di godimento di ciascun partecipante gli sia riconosciuto genericamente in quanto...rientri alla lunga nell'ambito dei diritti individuali corporativi" ma "se pensiamo ad es. che esso si può esplicare anche in modo diverso da quella che è la destinazione impressa alla cosa del gruppo (purché non la turbi), non è più tanto facile inquadrarlo nella cerchia dei diritti corporativi". Secondo l'a., essendo "la sua autonomia o indipendenza...troppo grande rispetto alla vita del gruppo perché si possa configurarlo strettamente come un diritto d'un suo membro in quanto tale", in realtà "esso è invece esplicazione di quel tanto d'autonomia individuale che la personalità non astratta ma collettiva della comunione permette". Sempre secondo l'a., "poiché ciascun comunista è proprietario in quiescenza e non è atomo indistinto di una persona giuridica rigidamente unitaria, nessuna difficoltà ad ammettere l'esistenza di un diritto reale d'ognuno sulla cosa comune".

²⁰⁵ Cfr. G. BRANCA, *op. loc. cit.*, il quale rileva che le facoltà spettanti a ciascun comunista sulla cosa comune avrebbero natura reale in quanto "esse sono suscettibili di possesso e di usucapione, il che non può dirsi, a rigore, se non dei diritti reali".

a tutela del diritto di comproprietà per ottenere l'adozione di provvedimenti consentiti in caso di abuso del diritto²⁰⁶.

A ben vedere, dalla predetta condizione di autonomia ed indipendenza delle sfere giuridico-patrimoniali di ciascun partecipante, ancora una volta, quindi, potrebbe arguirsi la reciproca condizione di terzietà dei partecipanti alla comunione. Peraltro, siffatta autonomia ed indipendenza pare ben coordinarsi con la situazione giuridica di titolarità di ciascun partecipante che, pur subendo un ridimensionamento dalla disciplina sulla comunione e, quindi, dall'interesse di tutti i comunisti alla buona gestione ed al miglior godimento del bene comune, allora, finisce proprio col circoscrivere in maniera adeguatamente piana il confine delle rispettive sfere di interesse, essendo l'entità della quota, e quindi la misura del diritto di comproprietà, di ogni comunista, ben precisa e delimitata dal titolo o dalla legge (*ex art. 1101 c.c.*)²⁰⁷.

A corroborare siffatta conclusione, inoltre, vi sarebbe anche la facoltà di uso di cui all'art. 1102 c.c.

Come già dianzi accennato, almeno secondo l'impostazione più accreditata, il diritto di comunione avrebbe il medesimo contenuto del diritto di proprietà o di altro diritto reale, in quanto quota di quest'ultimi diritti, salvo i limiti derivanti dalla coesistenza delle quote degli altri partecipanti²⁰⁸.

²⁰⁶ Cfr. C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 331 ss., secondo cui "il partecipante è legittimato ad agire in possessoria anche contro gli altri partecipanti che compiano a suo danno atti di spoglio o di molestia", nonché "il singolo comproprietario...è legittimato ad esperire le azioni a difesa della proprietà". Per il riconoscimento della legittimazione attiva del comunista all'esperimento delle azioni possessore e di nunciazione nei confronti degli altri, v. altresì R. CALVO, *op. cit.*, p. 195. Sulla stessa linea v. Cass., 4 settembre 2017, n. 20699, in *Guid. dir.*, 46, 2017, p. 68, secondo cui "le azioni a difesa o a vantaggio della cosa comune possono essere sperimentate dai singoli comproprietari, senza che sia necessaria la integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri partecipanti alla comunione"; Trib. Napoli, 10 novembre 2012, reperibile su www.dejure.giuffrè.it, dalla cui massima si evince che "il diritto di ciascun condomino investe...l'intera cosa comune, sicché anche un solo condomino può proporre le azioni reali a difesa della proprietà comune, mentre l'integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri comproprietari si rende necessaria solo quando il convenuto in rivendica di un bene comune, eccipisca la sua esclusiva proprietà sul bene rivendicato al condominio, dovendosi in tal caso, a fronte di un rapporto sostanziale unico e necessariamente plurisoggettivo e inscindibile, assumere la decisione nei confronti di tutti i partecipanti al condominio, per dirimere utilmente il conflitto tra i contrapposti titoli di proprietà vantati sullo stesso bene".

²⁰⁷ V. M. FRAGALI, *op. ult. cit.*, p. 406, per il quale "è da escludere...che il dimensionamento che ricevono i diritti individuali...sia causa di interferenze di tanta considerevole dimensione da impedire l'individuazione delle rispettive sfere, e da smentire l'assunto della pluralità dei diritti".

²⁰⁸ V., per tutti, C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 330.

Specificamente, il diritto di comproprietà, oltre a conferire la facoltà di godimento, attribuisce anche il diritto all'uso della cosa comune.

La facoltà d'uso della cosa comune sarebbe espressamente confermata dal codice, il quale enuncia la regola secondo cui ciascun partecipante può servirsi della cosa comune, purché non ne alteri la destinazione e non ne impedisca agli altri partecipanti l'uso paritetico (art. 1102 c.c.)²⁰⁹.

Ancora, la facoltà d'uso non sarebbe determinata in proporzione alla quota e pertanto ciascun partecipante potrebbe utilizzare la cosa senza limiti di quota, ma al contempo non potrebbe pregiudicare l'eguale facoltà di utilizzazione degli altri partecipanti²¹⁰.

In sintesi, il godimento della cosa comune da parte di ciascun partecipante sarebbe privo della esclusività²¹¹: ai partecipanti alla comunione spetterebbe trovare una situazione di compromesso nell'esercizio del godimento sulla cosa comune (c.d. godimento solidale)²¹².

L'uso paritario cui fa riferimento l'art. 1102 c.c., come è noto, non dovrebbe essere inteso nel senso di "uso identico e coevo", bensì come diritto di adoperare la cosa per "appagare analoghi o diversi bisogni o utilità secondo la sua destinazione"²¹³.

In altri termini, a mente del legislatore risulterebbe impossibile o, comunque, disagiata suddividere l'uso del bene comune in parti corrispondenti alle suddette quote. Pertanto, una volta rispettata l'altrui posizione soggettiva, ciascun comunista potrebbe godere ed utilizzare la cosa, traendo anche utilità maggiori rispetto a quelle che potenzialmente ricaverebbe l'altro compartecipe²¹⁴.

²⁰⁹ Sul punto, v. C. M. BIANCA, *op. loc. cit.*

²¹⁰ V. C. M. BIANCA, *op. loc. cit.*, il quale rileva che "il partecipante, anzitutto, usa la cosa comune a titolo di proprietario, e ciò lo rende possessore di essa assieme agli altri partecipanti".

²¹¹ V. R. CALVO, *op. cit.*, p. 157

²¹² V. R. CALVO, *op. cit.*, p. 158, secondo cui "il canone di bilanciamento si basa appunto sull'obbligo di rispettare le eguali ragioni e i medesimi interessi di chi partecipa al medesimo rapporto di comunione".

²¹³ V. R. CALVO, *op. cit.*, p. 159.

²¹⁴ Sul punto, v. R. CALVO, *op. cit.*, p. 159 ss., il quale, comunque, rileva che "a dire il vero, nulla esclude che – di fatto – le parti preferiscano regolare l'uso del bene secondo le linee direttrici plasmate dai poteri di autodeterminazione, generalmente adattate alle caratteristiche strutturali e funzionali della cosa comune e agli interessi individuali insuscettibili di una tipizzazione *a priori*". Pertanto, vi sarebbero beni che potrebbero essere oggetto di uso promiscuo (si pensi alla comproprietà di una strada o di una sorgente), nonché altri che al contrario non tollererebbero uno sfruttamento cumulativo (si pensi al violoncello o all'autovettura che possono essere di volta in volta sfruttati solo da una persona).

Siffatto potere di godimento ed utilizzazione paritaria della cosa comune, pertanto, rientrerebbe nel contenuto del diritto di comproprietà, al contempo formandone il suo nucleo essenziale ai sensi e per gli effetti dell'art. 1102 c.c.

Non a caso, una nota pronuncia della giurisprudenza di legittimità²¹⁵ ha chiarito che la patuizione avente ad oggetto l'attribuzione del c.d. "diritto reale d'uso esclusivo" su una porzione di cortile condominiale costituente, come tale, parte comune dell'edificio, sarebbe preclusa dal principio del "*numerus clausus*" dei diritti reali e della tipicità di essi, in quanto la stessa darebbe vita alla creazione di una figura atipica di diritto reale limitato "idoneo ad incidere, privandolo di concreto contenuto, sul nucleo essenziale del diritto dei condomini di uso paritario della cosa comune, sancito dall'art. 1102 c.c."

In altri termini, nell'art. 1102 c.c., rubricato "uso della cosa comune»" il vocabolo "uso" si traduce nel significato del "servirsi della cosa comune" ed in quest'ultima locuzione si riassumono «le facoltà ed i poteri attraverso i quali il partecipante alla comunione, ovvero il condomino, ritrae dalla cosa le utilità di cui essa è capace, entro i limiti oggettivi della sua 'destinazione', cui pure si riferisce l'art. 1102 c.c.»²¹⁶.

L'uso della cosa comune, insomma, costituisce parte essenziale del contenuto intrinseco del diritto di comproprietà, in quanto sintesi di facoltà e poteri. Non può che condividersi l'affermazione del giudice di legittimità nel senso che "l'uso è cioè (non diritto, bensì) uno dei modi attraverso i quali può esercitarsi il diritto, e forma parte intrinseca e caratterizzante, nucleo essenziale, del suo contenuto"²¹⁷.

²¹⁵ Cfr. Cass., sez. un., 17 dicembre 2020, n.28972, in *Riv. giurd. ed.*, 2021, p. 92 ss.

²¹⁶ Cfr. Cass., sez. un., 17 dicembre 2020, n.28972, cit. Sulla stessa linea v. anche Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., secondo cui l'art. 1102 c.c. esclude "in radice che il singolo comproprietario, senza il consenso degli altri comunisti, possa cambiare destinazione al suolo comune ed edificare su di esso con l'intento di appropriarsi del medesimo ed escludere gli altri comproprietari dal suo godimento". Secondo il giudice, "l'esistenza di un pari diritto di ogni comunista sulla cosa comune, infatti, è incompatibile con l'assunto che uno solo di essi possa divenire proprietario esclusivo dell'opera e del suolo comune su cui essa insiste". In tale ottica, pertanto, «il comproprietario che costruisce senza il consenso degli altri partecipanti alla comunione realizza una alterazione della destinazione della cosa comune ed impedisce agli altri comunisti di fare uso di essa secondo il loro diritto; egli infrange la disciplina della comunione e commette un "atto illecito", come "illegittima" è la costruzione realizzata sul suolo comune».

²¹⁷ Cfr. Cass., sez. un., 17 dicembre 2020, n.28972, cit.

Nell'art. 1102 c.c. viene ulteriormente affermato il carattere intrinseco dell'uso della cosa comune, laddove si istituisce l'obbligo del partecipante di non impedire agli altri "di farne parimenti uso secondo il loro diritto".

Specificamente, in quest'ultima formula si riassumono i caratteri del contenuto del diritto di comproprietà: comproprietario è colui che ha l'uso della cosa comune "indistintamente paritario, promiscuo e simultaneo"²¹⁸, al contempo essendo ciascun comunista obbligato a rispettare reciprocamente la posizione dell'altro²¹⁹.

In conclusione, ancora una volta, il congegno della reciprocità sembrerebbe invocare la terzietà tra comunisti.

In tale ottica, infatti, non può non osservarsi come vi sia una notevole differenza tra il concetto di uso della cosa da parte del proprietario e del comproprietario: il primo ha l'uso esclusivo della stessa, laddove il secondo ha l'uso paritario, seppur declinato nelle forme particolari dell'uso frazionato e/o turnario.

Pertanto, il diritto reale di uso esclusivo della cosa comune eventualmente riconosciuto ad un singolo comunista, collocandosi evidentemente al di là dell'osservanza della regola del "farne parimenti uso", andrebbe ad elidere il collegamento tra il diritto ed il suo contenuto, trasformando il diritto di comproprietà in diritto di proprietà. E, essendo l'uso paritetico della cosa comune attinente alla struttura e natura reale del diritto di comproprietà di ciascun comunista, di conseguenza, innanzi ad una costante contrapposizione di interessi e bisogni nell'utilizzazione della cosa, non potrebbe che rilevarsi fra i comunisti la condizione di terzietà reciproca cui innanzi si è fatto cenno.

Come si metterà meglio in evidenza in prosieguo, non a caso, quando uno dei condomini abusa della cosa comune compiendo una illegittima sottrazione delle concorrenti facoltà di godimento del bene comune a sfavore degli altri comunisti, violando la disciplina di cui all'art. 1102 c.c., è possibile

²¹⁸ Cfr. Cass., sez. un., 17 dicembre 2020, n.28972, cit.

²¹⁹ Cfr. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, 3873, cit., «l'art. 1102 cod. civ., comma 2, espressamente preclude al singolo partecipante di estendere il suo diritto sulla cosa comune in danno degli altri partecipanti, salvo che 'muti il titolo del suo possesso' (addivenendo all'acquisto per usucapione ove ricorrano i presupposti richiesti dall'art. 1158 cod. civ.)».

per l'altro comunista privato del contenuto essenziale del suo diritto (l'uso paritetico appunto) ottenere “una condanna restitutoria nel senso di consentire l'utilizzo del bene anche al comproprietario pretermesso”²²⁰.

Orbene, soltanto una condizione di terzietà reciproca permetterebbe di addivenire a siffatta condanna in favore del comunista privato dei poteri di disposizione e godimento della cosa comune.

4. Le fattispecie rappresentative dell'autonomia e dell'indipendenza reciproca della posizione dei comunisti: la disponibilità *pro quota* del diritto di comproprietà (art. 1103 c.c.).

Secondo tradizionale insegnamento, “quando si dice che nel codice italiano domina il sistema il sistema romanistico della pluralità di diritti, come riflesso della tendenza latina a salvaguardare quanto più è possibile l'autonomia dei singoli partecipanti, si dice cosa esatta”²²¹.

Ai fini di una piena comprensione di siffatto insegnamento, sembra opportuno soffermarsi, seppur brevemente, sulle differenze che si è soliti riscontrare tra la comunione latina e germanica.

La comproprietà germanica si caratterizza per una maggiore coesione tra i partecipanti e, precisamente, a differenza di quella romanistica, la frammentazione, l'isolamento, nonché l'autonomia individuale di ogni singolo partecipante non trovano riconoscimento. Ad ogni membro risulta assegnata una propria posizione giuridica, ma non autonoma: il titolare della stessa non può liberamente disporre della stessa, influenzando sulla situazione della comproprietà²²².

²²⁰ Cfr. Cass., 30 aprile 2021, n.11464, reperibile su www.dejure.giuffrè.it, la quale “ha ritenuto che quando risulti dimostrata una sottrazione o un impedimento assoluto, da parte di un comproprietario, delle facoltà dominicali di godimento e disposizione del bene comune spettanti agli altri contitolari, ovvero una violazione dei criteri stabiliti dall'art. 1102 c.c. è possibile affermare una illegittima sottrazione, da parte dei comproprietari delle concorrenti facoltà di godimento del bene comune, tale da giustificare una condanna restitutoria nel senso di consentire l'utilizzo del bene anche al comproprietario pretermesso”. Nella specie, secondo il giudice, l'impedimento all'uso della cosa comune sarebbe desumibile dalla stessa contestazione della comproprietà sul bene che i convenuti hanno rivendicato come di proprietà esclusiva, privando il ricorrente del suo utilizzo in violazione dell'art. 1102 c.c. e, dunque, si imporrebbe un provvedimento volto ad affermare un dovere di collaborazione del comproprietario nella specie consistente nel consentire la copia delle chiavi del cancello.

²²¹ L. BARASSI, *op. cit.*, p. 144

²²² Cfr., per tutti, L. BARASSI, *op. cit.*, p. 173 ss., il quale rileva che “tutte quelle situazioni giuridiche erano tra loro intimamente collegate e inseparabili”, cosicché “la somma dei membri in rapporto con la cosa – la collettività – era considerata quasi come un'unità, ad ogni modo come qualcosa che costituiva un tutto organico in cui era attenuata l'individualità di ogni singolo partecipante”.

In altri termini, la comunione di tipo germanico rispecchierebbe l'idea del dominio collettivo, mentre la comproprietà romana esalterebbe la concezione della proprietà individuale. Infatti, la comproprietà germanica sarebbe caratterizzata: 1) dall'indivisibilità; 2) dalla mancanza delle quote²²³ e 3) dall'unità del patrimonio²²⁴.

Il fulcro essenziale della comproprietà in mano comune – che avrebbe determinato la configurazione della comunione germanica – andrebbe identificato nell'“intima accentuata solidarietà” che attenuerebbe notevolmente l'individualità ed autonomia di ogni singolo partecipante²²⁵.

La conseguenza di questa intima solidarietà sarebbe la mancanza di autonomia tra le posizioni dei singoli partecipanti, che si esplicherebbe con la loro indisponibilità e l'insostituibilità in favore di altri²²⁶.

Ancora, nella comproprietà germanica la quota, almeno di fronte ai terzi (*id est* nei rapporti esterni), non esisterebbe: pertanto, la disciplina di cui all'art. 1103 c.c. non troverebbe applicazione e la posizione giuridica di ciascun partecipante sarebbe indisponibile²²⁷.

²²³ Sul punto, v. L. BARASSI, *op. cit.*, p. 174, il quale osserva che «cosicché mentre “la proprietà” cioè la comproprietà romana ci si manifesta (supposto un fondo appartenente in parti uguali a tre comproprietari) come la proprietà di A per un terzo, la proprietà di B per un terzo, la proprietà di C per un terzo (cioè tre posizioni giuridiche indipendenti) invece nella medesima ipotesi la proprietà di tipo germanico ci si presenterebbe come la “proprietà” di “A B C” sul fondo». In altri termini, secondo l'a., “esternamente la quota scompare e domina solo il fatto che ognuno è proprietario di tutta la cosa”.

²²⁴ V. L. BARASSI, *op. loc. cit.*, il quale aggiunge che il patrimonio “non era considerato come il complesso di parti dei singoli patrimoni personali dei partecipanti, ma come un patrimonio a sé della collettività”. Secondo l'a., da ciò conseguirebbe logicamente l'autonomia del patrimonio comune sottratto ai creditori particolari dei singoli comproprietari.

²²⁵ In tal senso, v. L. BARASSI, *op. cit.*, p. 176, il quale identificava l'effetto principale della comproprietà in mano comune “nel vincolo familiare e quasi familiare tra i partecipanti assai più stretto che ne deriva”, in quanto “fu ritenuto che il rapporto tra essi e sui beni non era solamente di diritto reale, ma anche, e in grado eminente, etico”. Secondo l'a., infatti, «questa intima accentuata solidarietà del gruppo era plasticamente raffigurata da più persone che si trovavano in gruppo a mani intrecciate (appunto la ‘proprietà in mano comune’)».

²²⁶ Cfr. L. BARASSI, *op. loc. cit.*, secondo cui “abbiamo nella comproprietà germanica quella che fu chiamata una ‘pluralità di persone collegate’...cioè un gruppo i cui membri sono vincolati reciprocamente da un rapporto fondamentale che crea la solidarietà e quindi l'unità del gruppo che decide le sorti della cosa”: tutti i partecipanti, “*communi consilio, communi mano*”.

²²⁷ Cfr., per tutti, L. BARASSI, *op. cit.*, p. 185.

Inoltre, nella comunione germanica gli utili ricavati dai beni non potrebbero essere subito e senz'altro distribuiti per quota a ciascun partecipante, in quanto essendo oggetto della comunione vengono assegnati in comproprietà a tutti i partecipanti²²⁸.

Infine, i creditori particolari di ciascun partecipante non beneficerebbero della garanzia generica dei beni della comunione²²⁹.

In sintesi, i suddetti elementi caratterizzanti la comunione germanica al contempo finirebbero col servire per contraddistinguere la comunione di tipo romano e latino.

In linea generale, in quest'ultima mancherebbe quell'intima solidarietà, cui innanzi si è fatto cenno, relativamente ai rapporti tra partecipanti alla comunione germanica, non essendo quest'ultimi in una condizione di reciproco collegamento e coesione²³⁰.

In particolare, la disciplina della comunione romana (art. 1100 ss. c.c.) rispecchierebbe lo spirito di fondo della comproprietà latina e germanica. I latini in sostanza erano contrari alla situazione di comunione di proprietà, mentre i popoli germani vi erano favorevoli²³¹. I primi erano di spirito indipendente, essendo amanti della propria autonomia, a differenza dei secondi che erano amanti dell'azione della collettività.

Pertanto, non dovrebbe destare alcuna meraviglia che nel nostro sistema della comunione sia prevalso l'atteggiamento di origine latina di diffidenza circa la collettività, esaltandosi nel miglior modo possibile l'autonomia ed indipendenza della posizione di ciascun partecipante.

A tal fine, è stata escogitata: 1) la quota come oggetto del diritto autonomo di ciascun partecipante; 2) la disponibilità della stessa; 3) la facoltà di divisione quale contenuto della posizione giuridica di ciascuno; 4) il divieto di indivisione protratto a tempo indeterminato²³².

²²⁸ Sul punto, v. L. BARASSI, *op. loc. citt.*, il quale, seppur in riferimento alla comunione legale dei beni, rileva che “viene meno questa importante attribuzione a ciascun partecipante degli utili che è espressione della fondamentale autonomia dei singoli partecipanti”. Secondo l’a., “ancora una volta l’unità globale del gruppo si afferma: gli utili appartengono al gruppo familiare”.

²²⁹ Cfr., per tutti, L. BARASSI, *op. cit.*, p. 187, il quale riconosce alla comunione coniugale dei beni “un’autonomia patrimoniale...esplicita e piena”.

²³⁰ V. L. BARASSI, *op.cit.*, p. 176.

²³¹ Cfr. L. BARASSI, *op. cit.*, p. 177.

²³² Sul punto, v. L. BARASSI, *op. loc. citt.*

Precisamente, la quota, almeno secondo il tradizionale insegnamento, non sarebbe altro che «‘la ragione secondo la quale si devono fare le eventuali divisioni dei redditi, degli oneri e del capitale’»²³³.

In altri termini, la quota costituirebbe il limite, la ragione, la misura entro cui ogni partecipante potrebbe e dovrebbe esercitare o attuare il suo diritto su tutta la cosa, la stessa divenendo rilevante nella fase di esercizio del diritto di comproprietà: la quota sarebbe cioè la misura delle utilità (frutti, accessioni, tesoro ecc.) e dei contributi di ognuno ai pesi (spese di conservazione, tributi, spese giudiziarie ecc.)²³⁴.

Sotto il codice civile abrogato vi era la tendenza ad identificare la quota ideale con l’oggetto del diritto di proprietà, in quanto la prima parte del previgente articolo 679 c.c. riconosceva la “piena proprietà della quota”. Attualmente, l’art. 1103 c.c., sostituendo predetta locuzione con quella “ciascun partecipante può disporre del suo diritto”, sembra avere eliminato ogni dubbio in merito al concetto di quota.

In altri termini, ciascun comunista sarebbe titolare del diritto di comproprietà avente ad oggetto la cosa e non la quota, limitandosi quest’ultima ad essere misura di esercizio del primo²³⁵.

L’orientamento che oggi sembrerebbe prevalere sarebbe nel senso di riconoscere a ogni comunista la titolarità di un diritto di proprietà sull’intero bene comune, essendo ogni partecipante proprietario dell’intero bene con il limite dei concorrenti diritti degli altri²³⁶.

In dottrina, precisamente, si è soliti discorrere di “pluralità di diritti limitati”²³⁷ o di “proprietà plurima parziaria”, in quanto a ciascun compartecipe verrebbe riconosciuta “una quota ideale di

²³³ Così, L. BARASSI, *op. cit.*, p. 112 ss., il quale, richiamando la teoria propugnata da V. SCIALOJA, *L’actio ex stipulatu*, in *Arch. giur.*, 1883, p. 184, osserva che “in conclusione qui ci appare la quota nella sua natura vera di limite o ragione; di indice numerico che denota il grado della limitazione cui il diritto di ogni comproprietario è assoggettato”.

²³⁴ Cfr. L. BARASSI, *op. cit.*, p. 700 ss.

²³⁵ Cfr. L. BARASSI, *op. cit.*, p. 725. Sulla stessa linea di pensiero, v. anche C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 320 ss.

²³⁶ V. C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 321.

²³⁷ V. L. BARASSI, *op. cit.*, p. 112.

proprietà sull'intero bene"²³⁸ ed il concorso di tutti questi diritti sulla medesima cosa avrebbe per risultato di limitarli nel loro esercizio²³⁹.

In sintesi, la comproprietà non sarebbe altro che un diritto di proprietà limitato dal concorso di altri diritti di proprietà concorrenti sul medesimo oggetto.

Siffatta ricostruzione rispecchierebbe fedelmente l'ideologia latina formatasi in merito alla comunione: concezione atomistica ed individualistica della stessa. Infatti, ogni comproprietario verrebbe ad essere titolare di una posizione giuridica autonoma ed indipendente, il cui fulcro centrale sarebbe la proprietà di ognuno sulla cosa.

A sostegno di una simile ricostruzione sarebbe, tra l'altro, invocabile la normativa di cui all'art. 1103 c.c., secondo cui "ciascun partecipante può disporre del suo diritto e cedere ad altri il godimento della cosa nei limiti della sua quota"²⁴⁰.

Ancora, seppur limitatamente alla comunione ereditaria, potrebbe invocarsi anche la disciplina di cui all'art. 732 c.c., che attribuisce espressamente a ogni comunista il potere di alienazione della propria quota nel rispetto del diritto di prelazione degli altri partecipanti.

È stato osservato che, con il termine "alienazione", si allude alla separazione di qualcosa da qualcuno, all'idea di "separare qualcosa da qualcuno, di renderla estranea a lui, alla sua sfera d'azione, al suo patrimonio, alla sua potestà, e così via"²⁴¹. Nel linguaggio giuridico, precisamente, il predetto termine acquista un significato diverso e più complesso: «non più quello di alienare *rispetto a se medesimo*, bensì quello di alienare *a favore d'altri*, rendere di altri, *alienizzare* si potrebbe dire: cioè il significato che ha oggi il termine 'trasferire'»²⁴².

²³⁸ V. C. M. BIANCA, *op. loc. citt.*

²³⁹ Cfr. L. BARASSI, *op. loc. citt.* e C. M. BIANCA, *op. loc. citt.*

²⁴⁰ Cfr. L. BARASSI, *op. cit.*, p. 727, secondo cui espressione di predetta autonomia sarebbe il categorico riconoscimento in capo a ciascun comunista di un potere di disposizione della posizione giuridica di rispettiva titolarità.

²⁴¹ V. S. PUGLIATTI, voce *Alienazione*, in *Enc. del dir.*, II, Milano, 1958, p. 1.

²⁴² V. S. PUGLIATTI, *op. loc. citt.*

In sintesi, con la locuzione “alienazione” si intende fare riferimento al concorso di «due termini correlativi: ‘l’uno, che diremo negativo e che consiste nel distacco della cosa dal patrimonio dell’alienante; l’altro positivo, che consiste nell’acquisto della cosa ad un nuovo patrimonio’»²⁴³.

Con il termine “disposizione” si invoca, invece, una categoria di significato più ampio²⁴⁴.

Si è soliti affermare che il termine “disposizione” può avere più significati, in quanto si può discorrere di disposizione nel senso più ampio o più stretto²⁴⁵.

Disposizione nel senso più ampio del termine significa che, in riferimento al patrimonio di una data persona, viene posto in essere un negozio giuridico di qualunque specie (reale, dispositivo in senso stretto, obbligatorio) fornito di rilevanza rispetto al patrimonio medesimo²⁴⁶; disposizione in senso stretto, invece, si ha quando il negozio giuridico rilevante su un dato patrimonio vada a colpire direttamente un diritto soggettivo custodito nel medesimo, modificandolo o distruggendolo²⁴⁷.

In dottrina, come è noto, l’atto di disposizione viene studiato soprattutto sotto il profilo di un requisito caratteristico della sua disciplina: la legittimazione a disporre o potere di disposizione (*Verfügungsmacht*)²⁴⁸.

Secondo un tradizionale insegnamento, il potere di disposizione si identificherebbe con la facoltà o il diritto di un soggetto di compiere un negozio giuridico produttivo di effetti su un dato patrimonio, il medesimo collegandosi strettamente alla tematica dei limiti cui sarebbe soggetta l’autonomia privata²⁴⁹.

²⁴³ V. S. PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 5.

²⁴⁴ In tal senso, v. S. PUGLIATTI, *op. loc. cit.*

²⁴⁵ Cfr. L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 115.

²⁴⁶ V. L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 31, nota 11. Secondo l’a. (p. 115), «in tal caso...si possono chiamare ‘disposizioni’ soltanto i negozi con cui si trasferisce, modifica o distrugge un diritto: in tal caso la categoria viene a comprendere in sé i negozi reali, e si contrappone ai negozi obbligatori». Nello stesso senso, v. L. MENGONI, voce *Disposizione (atto di)*, in *Enc. del dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 192.

²⁴⁷ V. L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 115 e p. 389, il quale contrappone gli atti dispositivi in senso stretto ai negozi reali ed obbligatori. Secondo l’a., il pagamento di un debito costituirebbe in ogni caso un negozio “dispositivo in senso stretto”. Precisamente, secondo l’a., infatti, il pagamento “per un verso può rientrare nelle alienazioni, per un altro rientra nelle disposizioni in senso stretto: infatti può importare il trasferimento di una cosa dal patrimonio del *solvens* in quello del creditore; d’altra parte, colpisce immediatamente il diritto di credito producendone l’estinzione”.

²⁴⁸ Cfr., per tutti, L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 27 ss. e L. MENGONI, *op. cit.*, p. 189 ss. In tema, più recentemente, v. F. RINALDI, *op. cit.*, p. 53 ss., cui si rinvia anche per gli ulteriori rilievi bibliografici.

²⁴⁹ Cfr. L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 30 ss.; v. anche F. RINALDI, *op. loc. cit.*

Se è vero che quest'ultima potrebbe dirsi legittimamente esercitata entro i confini della sfera patrimoniale di rispettiva titolarità, allora la medesima incontrerebbe come limite la sfera di interessi di titolarità degli altri soggetti: nel compimento dei negozi giuridici, pertanto, nessuno sarebbe legittimato a sconfinare dalla propria sfera di interessi al contempo invadendo quella degli altri.

In altri termini, un soggetto sarebbe titolare di un potere di disposizione soltanto quando sia legittimato al compimento di negozi giuridici dotati di rilevanza giuridica. Tendenzialmente, questa legittimazione spetterebbe esclusivamente al titolare del patrimonio sul quale il negozio dovrebbe esplicare i propri effetti; *a contrario*, salvo casi eccezionali, il potere di disposizione mancherebbe ogni qualvolta un soggetto, nell'esercizio dell'attività negoziale, sconfini dalla propria sfera di interessi, compiendo negozi giuridici che, dovendo produrre effetti sul patrimonio altrui, sarebbero pertanto irrilevanti per l'ordinamento²⁵⁰.

In sintesi, il potere di disposizione concerne una relazione di potere tra il soggetto autore del negozio ed il patrimonio sul quale quest'ultimo dovrà produrre i suoi effetti costitutivi, modificativi ed estintivi. La regola sarebbe nel senso di una perfetta identità tra il soggetto autore del negozio e quello titolare del patrimonio sul quale ricadranno gli effetti del medesimo negozio; soltanto eccezionalmente potrebbero configurarsi delle fattispecie contraddistinte da un difetto di identità tra il soggetto autore del negozio e quello titolare del patrimonio sul quale dovranno prodursi gli effetti²⁵¹.

Pertanto, ogni qualvolta il soggetto autore del negozio non coincida con il titolare del patrimonio sul quale gli effetti negoziali si ripercuoteranno, si è soliti ravvisare un difetto di potere di disposizione e, pertanto, il negozio non potrà ritenersi giuridicamente rilevante per il titolare del patrimonio: quest'ultimo, rispetto al negozio, sarebbe estraneo (*id est* terzo), essendo il negozio “*res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest*”; d'altronde, in quest'ultimo caso sarebbe data

²⁵⁰ Sul punto, v. L. CARIOTA FERRARA, *op. loc. cit.*

²⁵¹ Sul punto, cfr. L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 10 ss. In proposito, v. pure F. RINALDI, *op. loc. cit.*

piena attuazione alla regola “*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*”, essendo quest’ultima un’applicazione della prima²⁵².

Precisamente, come è stato affermato in modo condivisibile, il concetto di terzo è contraddistinto da una costante relatività²⁵³, in quanto necessiterebbe di essere rapportato ad altro elemento, cioè ad un determinato negozio²⁵⁴. In siffatta ottica, terzo sarebbe “colui che non è parte in un determinato negozio giuridico, che in altri termini non è soggetto di esso”²⁵⁵.

Orbene, per avvalorare ulteriormente la ricostruzione della comproprietà in termini di situazione giuridica soggettività di titolarità di ogni partecipante, sembrerebbe significativo analizzare la medesima anche sotto l’angolo visuale della dogmatica del potere di disposizione, nonché dei negozi sul patrimonio altrui.

La questione dovrebbe essere posta nei termini seguenti: nella fattispecie in cui un singolo comunista decida di disporre del proprio diritto di comproprietà (art. 1103 c.c.), l’altro comunista potrà ritenersi soggetto estraneo (*id est* terzo) rispetto al negozio o al patrimonio dell’altro?

Per rispondere positivamente alla domanda, dovrebbe essere provato come il negozio concluso dal comunista sia rispetto al non partecipante “*res inter alios acta*” e, tra l’altro, se quest’ultimo abbia o meno delle conseguenze sul patrimonio dell’altro.

Analizzando la fattispecie presa in considerazione dall’art. 1103 c.c., non potrebbe non notarsi come, con la stessa, il legislatore abbia inteso riconoscere a ogni comunista la legittimazione a disporre della situazione di cui è titolare in modo del tutto autonomo ed indipendente rispetto agli altri comunisti, essendo la fattispecie dispositiva dell’intera cosa comune disciplinata dalla diversa normativa dell’art. 1108 c.c.²⁵⁶.

²⁵² V. L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 28; F. RINALDI, *op. cit.*, p. 81.

²⁵³ In proposito, v. F. RINALDI, *op. cit.*, p. 74, ove si rileva che «occorre precisare ulteriormente che si può essere “terzi” non soltanto rispetto al negozio (si pensi al contratto a favore di terzi), ma anche rispetto al patrimonio oggetto di disposizione».

²⁵⁴ V. L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 20.

²⁵⁵ V. L. CARIOTA FERRARA, *op. loc. cit.*

²⁵⁶ Sul punto, per tutti, v. G. R. FILOGRANO, *Quota e bene comune nella comunione ordinaria*, Napoli, 2011, p. 81 ss.

Precisamente, il comunista potrà liberamente scegliere, cioè senza il necessario consenso degli altri partecipanti, di disporre del diritto di comproprietà di sua esclusiva titolarità facendo subentrare l'acquirente nel medesimo. L'avente causa, dunque, subentrerà sia nelle situazioni passive che attive, ivi incluso il diritto di chiedere la divisione²⁵⁷.

Tecnicamente, il comunista sarebbe legittimato a porre in essere un atto dispositivo di un proprio diritto su cosa comune, essendo titolare di un vero e proprio potere dispositivo.

Pertanto, a meno che non si intenda negare natura dispositiva all'atto in questione, il singolo comunista porrà in essere un atto negoziale dotato di rilevanza giuridica limitatamente alla sua sfera di interessi, cioè al suo patrimonio, dovendosi l'esercizio dell'autonomia privata, come già accennato, conformarsi alla regola "*res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest*".

Inoltre, si tratterebbe di attività negoziale al contempo annoverabile nella vasta categoria degli atti di alienazione, in quanto il comunista compierebbe un atto che avrebbe quale effetto sia il distacco del diritto di comproprietà dalla sfera giuridica di sua titolarità che il trasferimento in favore di altri.

D'altronde, anche esaminando la questione dal punto di vista della fattispecie concreta presa in considerazione dall'art. 1103 c.c., potrebbe rilevarsi come il singolo comunista vada a disporre del proprio patrimonio alienando la situazione giuridica soggettiva di sua titolarità sulla cosa comune nei limiti della misura della relativa quota (a titolo esemplificativo, il comunista disporrebbe non della cosa comune, bensì del diritto di comproprietà nella quota di $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{3}$ ecc.).

In altri termini, il comunista disponente non sembrerebbe incidere in alcun modo sul patrimonio degli altri partecipanti: quest'ultimi si troveranno innanzi solo ad una modificazione dei soggetti partecipanti alla comunione, in quanto dal punto di vista patrimoniale non sembrerebbe possibile affermare che gli stessi abbiano subito un'alterazione della propria sfera giuridica e patrimoniale.

²⁵⁷ V. G. R. FILOGRANO, *op. loc. citt.*

In sintesi, i restanti diritti di comproprietà resterebbero invariati in struttura, titolarità, contenuto e misura, in quanto ciascun comunista conserverebbe la titolarità degli stessi così come l'aveva acquistata in origine.

Dal punto di vista del principio di relatività degli effetti contrattuali (art. 1372 c.c.), pertanto, l'atto dispositivo compiuto dal singolo comunista sarebbe rispetto agli altri partecipanti "*res inter alios acta*": i comunisti non alienanti, essendo soggetti estranei al negozio dispositivo ed al patrimonio del disponente, sarebbero terzi rispetto a questi.

Sotto l'angolo visuale del principio di autonomia ed indipendenza delle rispettive sfere di interessi, l'atto dispositivo del singolo comunista, essendo stato compiuto nei limiti del proprio potere di dispositivo, dovrebbe avere rilevanza giuridica soltanto rispetto al patrimonio di sua titolarità, dovendo il suo agire essere, tra l'altro, informato alla regola "*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*".

In conclusione, rilevata l'operatività in generale della regola "*res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest*" nelle fattispecie dispositive cui l'art. 1103 c.c. fa riferimento e nello specifico del principio "*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*", dovrebbe scorgersi un'autonomia ed indipendenza reciproca tra le sfere di interesse di ogni comunista, cioè una condizione di terzietà reciproca tra gli stessi: ogni comunista sarebbe soggetto estraneo, cioè terzo, sia rispetto al negozio dispositivo che al patrimonio dell'altro comunista²⁵⁸.

Ad ulteriore riprova della fondatezza di siffatta conclusione, allora, sarebbe utile prendere in considerazione anche l'ipotesi in cui il singolo comunista nel compimento di un atto dispositivo della propria quota (art. 1103 c.c.) sconfini nell'esercizio del proprio potere di disposizione invadendo la sfera giuridica degli altri partecipanti alla comunione.

4.1. La compravendita *pro quota* del diritto di comproprietà.

²⁵⁸ Cfr. L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 4 ss., secondo cui il patrimonio di titolarità di un soggetto avrebbe, tra l'altro, la funzione di identificare il soggetto terzo rispetto ad uno specifico negozio. Nello stesso senso, v. sostanzialmente F. RINALDI, *op. loc. cit.*

Alla luce della normativa di cui all'art. 1103 c.c., nella prassi negoziale è frequente che vengano compiuti atti di compravendita aventi ad oggetto il diritto di proprietà *pro quota* in favore di soggetti estranei alla comunione²⁵⁹.

Tralasciando ogni valutazione in merito all'eventuale funzione estintiva che i medesimi potrebbero attuare rispetto alla comunione (a titolo esemplificativo, si pensi alla compravendita effettuata dagli unici due comunisti in favore di soggetto estraneo alla comunione)²⁶⁰, un'analisi approfondita della fattispecie dianzi richiamata, condotta soprattutto nell'ottica dei principi e delle regole della dogmatica del potere di disposizione e dei negozi sul patrimonio altrui, sembrerebbe giovare ai fini della conclusione nel senso della terzietà reciproca fra comunisti.

Nello specifico dovrebbe accertarsi se il comunista alienante, a seguito del compimento dell'atto negoziale, abbia posto in essere un'attività rilevante soltanto per il patrimonio di sua titolarità o, viceversa, anche per quello degli altri.

In realtà, quando un comunista decide di alienare il diritto di comproprietà dietro il pagamento di un prezzo, innanzitutto, dovrebbe indagarsi il concreto interesse perseguito dalle parti²⁶¹, potendo essere loro intenzione individuare l'oggetto della negoziazione ora nella totalità o frazione di quota del diritto di comproprietà di titolarità del comunista alienante²⁶² ed ora nell'intera cosa comune, cioè

²⁵⁹ Sul punto, cfr. G. R. FILOGRANO, *op. cit.*, p. 139, il quale, in riferimento all'art. 1103 c.c., rileva che si tratterebbe di "attività dispositiva e, quindi, di attività rivolta a soggetti estranei al rapporto giuridico di comunione".

²⁶⁰ Cfr. L. SALIS, *op. cit.*, p. 179 ss., secondo cui "la cessione di quota per un determinato prezzo ai condomini od a taluno di essi, viene considerata come *divisione*, mentre, se fatta ad un terzo estraneo, non ha carattere divisionale". Secondo il citato a., quando il terzo acquista con atti successivi o con un solo atto da tutti i condomini, la mancanza di più titolari, rendendo impossibile l'esistenza di un diritto di condominio, importerebbe necessariamente il risorgere della proprietà piena ed esclusiva sulla cosa: "la riunione in una sola persona di tutti i diritti di condominio importa *de iure*, nello stesso istante in cui la concentrazione dei diritti limitati ha luogo in un unico subbietto, l'estinzione della comproprietà". Infatti, sempre secondo l'a., si ha estinzione della comproprietà per la mancanza di più titolari del diritto e per l'assegnazione a ciascun partecipante alla comunione di una porzione materiale della cosa; nel primo caso "si ha l'estinzione del condominio per la mancanza di più subbietti" mentre "nel secondo caso, anziché di *estinzione* del diritto, sarebbe più esatto parlare di una sua *trasformazione* da diritto di proprietà limitata (condominio) su una cosa, in un diritto di proprietà esclusiva ed assoluta su una porzione materiale della stessa".

²⁶¹ Cfr., sul punto, G. R. FILOGRANO, *op. cit.*, p. 152.

²⁶² Cfr. R. CALVO, *op. cit.*, p. 199, il quale osserva che "nulla esclude che il partecipante, anziché trasferire, anche a titolo liberale, la propria quota *in toto*, ne ceda soltanto una frazione (c.d. quota della quota), come ad esempio capita quando il comproprietario per un mezzo alieni la metà della propria quota a un estraneo". Secondo l'a., in tal caso "nel rapporto di comunione subentrerà in parte il predetto avente causa e le quote saranno così suddivise: metà al contitolare originario, un quarto al cedente e il restante frammento al nuovo contitolare".

nella totalità delle quote di comproprietà di tutti i partecipanti²⁶³. Inoltre, dovrebbe verificarsi se l'intenzione delle parti fosse nel senso di individuare l'oggetto dell'alienazione nella quota del diritto di comproprietà su tutta la massa comune o, viceversa, su singoli beni della stessa.

Nella prassi, per comodità espositiva, si è soliti discorrere, nel primo caso, di vendita della c.d. "quotona" e, nella seconda ipotesi, di vendita della c.d. "quotina"²⁶⁴.

In primo luogo, quindi, il singolo comproprietario potrebbe liberamente decidere di compiere una compravendita avente ad oggetto la quota del diritto di comproprietà di rispettiva titolarità, sulla falsariga dell'art. 1103 c.c. che riconosce a ogni partecipante un vero e proprio potere dispositivo. In siffatta ipotesi, in assenza di una diversa volontà negoziale, tendenzialmente la compravendita dovrebbe avere ad oggetto la quota di comproprietà dell'intera massa comune e, in virtù del principio consensualistico di cui all'art. 1376 c.c.²⁶⁵, dovrebbe avere un immediato effetto reale, facendo subentrare per un determinato prezzo l'acquirente nella medesima situazione giuridica in cui si trovava l'alienante²⁶⁶. Dalla data dell'effetto traslativo, pertanto, titolare del diritto di comproprietà *erga omnes* dovrebbe considerarsi l'acquirente, in quanto l'alienante perderebbe definitivamente, nei riguardi della cosa e nei confronti degli altri condomini, ogni diritto di comproprietà²⁶⁷. Inoltre, sempre a far data da siffatto momento, l'acquirente avrebbe diritto a tutti i vantaggi, utili e frutti della comunione, a servirsi della cosa comune rispettando la destinazione impressa alla stessa, nonché a domandare lo scioglimento della comunione, avendo la piena proprietà delle cose o degli eventuali

²⁶³ Con espresso riferimento agli atti dispositivi della cosa comune, cfr. G. R. FILOGRANO, *op. cit.*, p. 145, secondo cui l'oggetto della negoziazione andrebbe identificato nelle situazioni soggettive relative alle cose, piuttosto che nelle cose in quanto tali.

²⁶⁴ Cfr., sul punto, A. SEMPRINI, *Sulle alienazioni delle quote di un bene ricompreso nella massa ereditaria indivisa*, in *Contratti*, 2020, p. 701, il quale rileva che «sul punto, ben delimitano il perimetro del dibattito civilistico le (atecniche ma efficaci) terminologie, utilizzate nella prassi, di "quotina" e "quotona", per riferirsi, rispettivamente, al diritto alla quota di un bene ricompreso nella comunione ereditaria indivisa, e al diritto ad una quota dell'eredità».

²⁶⁵ V. F. MAGLIULO, *Gli atti di disposizione su beni indivisi*, in *Riv. not.*, 1995, I, p. 114.

²⁶⁶ Cfr., per tutti, L. SALIS, *op. cit.*, p. 99, il quale ricostruisce la fattispecie come "successione a titolo particolare". In giurisprudenza, v.: Cass., 29 novembre 1996, n. 10629, reperibile sul sito www.dejure.giuffrè.it; Cass., 16 agosto 1990, n. 8315, reperibile sul sito www.dejure.giuffrè.it.

²⁶⁷ Così, L. SALIS, *op. cit.*, p. 101.

conguagli in denaro che venissero assegnate alla quota di comproprietà di cui egli risulterebbe titolare²⁶⁸.

Tale conclusione, alla luce della vigente disposizione, sembrerebbe essere ovvia, in quanto soltanto in passato, sotto l'abrogato codice del 1865, la medesima è stata invece oggetto di discussione a causa dell'infelice formulazione dell'oramai abrogato art. 679, secondo cui "l'effetto dell'alienazione o dell'ipoteca si limita a quella porzione che verrà a spettare al partecipante nella divisione"²⁶⁹.

Tuttavia, seppur ad una lettura superficiale della normativa di cui all'art. 1113 c.c., la questione in ordine alla immediata efficacia reale dell'atto di disposizione in discussione sembrerebbe essere ancora attuale, in quanto la predetta normativa dispone che gli "aventi causa" da un partecipante possono intervenire nella divisione a proprie spese e che, se la divisione ha ad oggetto beni immobili, essi devono essere chiamati ad intervenire "perché la divisione abbia effetto nei loro confronti", sempreché abbiano trascritto il proprio acquisto prima della trascrizione dell'atto di divisione o della trascrizione della domanda di divisione giudiziale.

La norma in oggetto, come è stato osservato, sembrerebbe affermare che l'intervento dell'"avente causa" di un partecipante non sia indispensabile per la validità della divisione, non costituendo la mancanza di tale intervento motivo di nullità della stessa, ma tutt'al più di semplice inefficacia relativa nei confronti dell'avente causa pretermesso²⁷⁰.

Di conseguenza, se con l'espressione "avente causa" il legislatore avesse inteso riferirsi anche al cessionario della quota di comproprietà, vi sarebbe "una palese contraddizione con l'immediata efficacia traslativa dell'atto di cessione della quota" e, invero, "se tale atto effettivamente producesse la surrogazione immediata del cessionario al cedente, la divisione effettuata senza l'intervento del

²⁶⁸ Così, L. SALIS, *op. loc. cit.* Per un'impostazione non dissimile, v.: Cass., 29 novembre 1996, n. 10629, cit.; Cass., 16 agosto 1990, n. 8315, cit.

²⁶⁹ Per una disamina sull'argomento, v. L. BARASSI, *op. cit.*, p. 725 ss.

²⁷⁰ Cfr., sul punto, F. MAGLIULO, *op. loc. cit.*

cessionario dovrebbe essere considerata alla stessa stregua della divisione effettuata senza uno dei comunisti e, come tale, nulla e non semplicemente inefficace”²⁷¹.

In realtà, almeno secondo il tradizionale insegnamento²⁷², l’alienazione dovrebbe avere un effetto immediatamente traslativo non essendo possibile sostenere il contrario sotto il profilo dell’art. 1113 c.c., in quanto “la norma non vuole affermare la condizionalità dell’acquisto”, ma ha soltanto riguardo all’interesse che gli acquirenti, come i creditori, hanno nella divisione per “la regolarità del relativo procedimento, perché non abbiano frodi a loro danno”²⁷³.

In sintesi, nel conflitto tra la lettera dell’art. 1113 c.c. e il principio dell’immediata efficacia traslativa dell’atto di cessione desumibile dagli artt. 1103 e 1376 c.c., dovrebbe prevalere quest’ultimo²⁷⁴.

Orbene, a seguito delle suddette osservazioni ed analizzando la fattispecie dal punto di vista dei principi e delle regole della dogmatica del potere di disposizione nonché dei negozi sul patrimonio altrui, l’atto di compravendita della quota di comproprietà indivisa compiuto da un singolo comunista sarebbe rilevante esclusivamente per il patrimonio di questi, essendo lo stesso irrilevante rispetto al patrimonio degli altri partecipanti, cioè “*res inter alios acta*”²⁷⁵.

In applicazione del principio “*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*”²⁷⁶, ed essendo il comunista legittimato ad alienare soltanto la quota di comproprietà di rispettiva

²⁷¹ Così, F. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 115.

²⁷² Cfr., per tutti, M. FRAGALI, *La comunione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XIII, t. 2, Milano, 1978, p. 444, secondo cui “l’art. 1103 ora afferma che l’acquirente del diritto del singolo partecipante subentra con effetto immediato nella posizione giuridica del suo dante causa per tutta l’estensione che il diritto aveva al tempo della alienazione”, però “il che non esclude che, sulla base dei suoi poteri di autonomia, il partecipante possa trasferire la sua posizione con riguardo soltanto all’esito divisionale: l’alienazione allora si concentrerà su ciò che l’alienante avrà conseguito al tempo della divisione, ed è possibile dare a tale negozio carattere aleatorio”. Secondo il citato a., infatti, “vi è un differimento nella determinazione dell’oggetto, ed il negozio traslativo si riterrà *in itinere* fino a quando la divisione non avrà precisato questo oggetto”. La giurisprudenza (Cass., 29 novembre 1996, n. 10629, cit.; Cass., 16 agosto 1990, n. 8315, cit.) sembrerebbe essere dello stesso avviso.

²⁷³ Così, M. FRAGALI, *op. ult. cit.*, p. 447.

²⁷⁴ V. F. MAGLIULO, *op. loc. cit.*, il quale, inoltre, rileva «che conseguentemente l’espressione ‘avente causa’ non possa essere riferita a colui che cede la totalità dei propri diritti sulla massa comune». Secondo l’a. “in tale ipotesi infatti l’unico legittimato ad intervenire nella divisione, tra cedente e cessionario, è quest’ultimo, in mancanza del quale la divisione è radicalmente nulla”.

²⁷⁵ Così, sostanzialmente, Cass., 29 novembre 1996, n. 10629, cit. e Cass., 16 agosto 1990, n. 8315, cit.

²⁷⁶ Cfr. G. R. FILOGRANO, *op. cit.*, p. 138, secondo cui, in riferimento agli atti dispositivi della cosa comune, la previsione di cui all’art. 1108, 3°co., c.c. «si traduce in una ulteriore specificazione del più ampio principio di relatività del contratto, secondo cui, peraltro, ‘*nemo plus iuris quam ipse habet transferre potest*’».

titolarità, l'avente causa acquisterebbe per un determinato prezzo tutta o parte della posizione giuridica di titolarità del proprio dante causa, non potendo egli beneficiare di alcun effetto reale immediato sulla quota di comproprietà degli altri²⁷⁷.

In conclusione, essendo gli altri partecipanti estranei alla compravendita, non potrebbe che continuarsi a scorgere tra i comunisti quella condizione di terzietà reciproca.

Una argomentazione in senso contrario, pertanto, necessiterebbe, a monte, della prova che, al di fuori di fattispecie eccezionali quali la rappresentanza, la gestione di affari altrui ecc.²⁷⁸, ogni comunista sia legittimato a compiere atti negoziali dispositivi non solo della quota del diritto di comproprietà di rispettiva titolarità ma anche di quella degli altri partecipanti, così potendosi estendere l'effetto reale immediato anche al patrimonio degli altri partecipanti estranei al negozio.

Senonché, nell'ipotesi in cui il singolo comunista compia un atto di compravendita avente ad oggetto anche la quota di comproprietà degli altri partecipanti, non potrebbe che continuarsi a rilevare come il medesimo abbia rilevanza giuridica (*id est* efficacia reale immediata) tra le parti limitatamente alla posizione giuridica del disponente, al contempo, essendo lo stesso irrilevante (inefficace) rispetto agli altri partecipanti estranei (*id est* terzi)²⁷⁹: l'avente causa, analogamente all'ipotesi dianzi esaminata della vendita della quota di comproprietà di rispettiva titolarità, acquisterebbe per un determinato prezzo esclusivamente la situazione giuridica di contitolarità del dante causa e non anche quella degli altri.

²⁷⁷ Nel caso in cui la parti avessero inteso estendere l'oggetto della negoziazione anche alla quota di comproprietà degli altri partecipanti, potrebbe applicarsi la disciplina di cui all'art. 1479 c.c. Sul punto, seppur in riferimento alla diversa fattispecie dell'atto dispositivo della quota di comproprietà su un singolo bene della comunione ordinaria (c.d. alienazione di quotina), v. R. MAZZARIOL, *Comproprietà e vendita di cosa altrui*, Napoli, 2016, p. 122.

²⁷⁸ Sul punto, v. L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 41 ss., secondo cui le ipotesi nelle quali possa attribuirsi rilevanza giuridica al negozio compiuto da una persona rispetto al patrimonio di altro soggetto sarebbero del tutto eccezionali. Secondo l'a., infatti, "chi si trova di fronte ad un negozio sul patrimonio altrui deve, pertanto, tener per fermo che esso non produce effetti su tale patrimonio, salvo che accerti che la volontà del titolare o una norma particolare dell'ordinamento giuridico attribuisce al negozio rilevanza". L'a. (p. 47 ss.) riconduce alle ipotesi eccezionali il fenomeno dell'alienazione della cosa da parte del creditore pignoratizio, della rappresentanza diretta e indiretta, della *negotiorum gestio*, nonché dell'erede apparente, in quanto (p. 63) "si può affermare che l'alienazione del non titolare è, in tali casi, rilevante per la sorte del diritto".

²⁷⁹ V. sempre L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 319 ss., il quale, con riferimento alla sorte dell'atto di vendita della cosa comune posto in essere da parte di un solo condomino, rileva che "il compratore, data l'irrilevanza del contratto rispetto agli altri condomini, acquista per il momento soltanto una quota parte della cosa".

Secondo il tradizionale insegnamento, alla cui stregua la legittimazione debba essere considerata quale “requisito soggettivo di efficacia del contratto”²⁸⁰, alle ipotesi di carenza di legittimazione delle parti negoziali l’ordinamento normalmente ricollega la conseguenza dell’inefficacia²⁸¹. Pertanto, il negozio concluso dal soggetto non legittimato a disporre del diritto non può produrre effetto nei confronti del titolare di quel diritto, anche se, tuttavia, esso risulta pienamente vincolante per il disponente non legittimato²⁸².

Adattando i principi generali in materia di inefficacia alla predetta fattispecie negoziale, pertanto, essendo il comunista alienante legittimato a disporre soltanto della quota di comproprietà di sua titolarità, la compravendita avente ad oggetto la quota di comproprietà su un singolo bene della massa comune (c.d. quotina) dovrebbe considerarsi efficace per la quota nella titolarità del cedente ed obbligatoria per il restante²⁸³, cioè inefficace rispetto agli altri partecipanti alla comunione che non abbiano preso parte alla stessa: il negozio dispositivo potrebbe dirsi legittimamente compiuto – e quindi produttivo di effetti reali rispetto al patrimonio di titolarità degli altri - soltanto se ed in quanto il medesimo sia stato ratificato dall’effettivo titolare, oppure il cedente abbia acquistato anche la titolarità delle altre quote sul singolo bene della massa; *medio tempore*, ancorché il disponente non fosse legittimato al compimento dell’atto, il negozio dispositivo produrrebbe tra le parti un effetto meramente obbligatorio, essendo le parti vincolate l’una rispetto all’altra²⁸⁴.

²⁸⁰ Così, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2019, p. 54, per il quale “la mancanza della legittimazione non comporta pertanto l’invalidità del contratto ma l’inefficacia di esso rispetto all’oggetto di cui la parte non è competente a disporre”.

²⁸¹ V., per tutti, R. QUADRI, *L’esclusione del coerede dalla divisione ereditaria*, in *Famiglia*, 2019, p. 542.

²⁸² V. sempre R. QUADRI, *op. loc. cit.*

²⁸³ Così, per tutti, G. RECINTO, *Vendita di quota indivisa e di bene comune da parte del coerede*, in *Notariato*, 2010, p. 431. La giurisprudenza (Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5068, in *Riv. not.*, 3, p. 521 ss.), seppur in tema di donazione della quota di un bene indiviso compreso in una massa ereditaria, peraltro, si è pronunciata nel senso della nullità dell’atto donativo, non potendosi, prima della divisione, ritenere che il singolo bene faccia parte del patrimonio del coerede donante.

²⁸⁴ V., per tutti, C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 108, per il quale “il soggetto che dispone in nome proprio del diritto altrui senza esserne legittimato stipula un negozio che non ha effetto nei confronti del titolare del diritto. Ma a differenza del negozio stipulato dal falso rappresentante, il disponente stipula in nome proprio e il negozio è efficace nei suoi confronti”. Quindi, per l’a., il contratto “non ha l’effetto di trasferire all’alienatario il diritto del terzo ma l’alienante, che ha assunto in proprio il rapporto contrattuale, è tenuto a procurare all’acquirente il diritto alienato”. Siffatta impostazione appare coerente con il tradizionale insegnamento (L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 214) secondo cui “le parti sono, di regola, vincolate l’una rispetto all’altra dal negozio inefficace”. Sempre nell’ottica dello stesso (L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 259), infatti, sarebbe “problema di diritto positivo vedere se un dato requisito (qui: l’appartenenza della cosa al venditore) sia soltanto requisito d’efficacia od anche requisito di validità”.

Conseguentemente, sulla falsa riga della disciplina di cui agli artt. 1479 e 1480 c.c., il negozio dispositivo della quota di comproprietà degli altri, essendo irrilevante nei rapporti esterni²⁸⁵, potrebbe essere annoverato ora nello schema della vendita di bene totalmente altrui (art. 1478 c.c.) ora parzialmente altrui (art. 1480 c.c.)²⁸⁶, a seconda che la volontà delle parti sia nel senso di identificare l'oggetto della negoziazione nella quota di comproprietà di altri oppure nella quota di comproprietà di rispettiva titolarità oltre a quella degli altri²⁸⁷.

In sintesi, il singolo comproprietario, senza il consenso degli altri, non potrebbe quindi alienare né le quote degli altri partecipanti e né l'intera proprietà della cosa comune²⁸⁸. Conseguentemente, l'atto di alienazione, potendosi annoverare tra i negozi dispositivi di cosa altrui, sarebbe secondo l'insegnamento più accreditato valido ma inefficace o, comunque, irrilevante per il comproprietario estraneo (*id est* terzo) rispetto al negozio²⁸⁹.

Diversamente opinando, d'altronde, alto sarebbe il rischio di eludere l'intento del legislatore, confondendo la portata normativa dell'art. 1103 c.c., la quale sarebbe "venata da un'intonazione

²⁸⁵ Secondo il tradizionale insegnamento (L. CARIOTA FERRARA, *op.cit.*, p. 62) "al di fuori del proprio patrimonio, esistono diritti appartenenti ad altre persone: ora le disposizioni o le alienazioni dei non titolari rimbalzano impotenti su questi diritti, appunto perché a nessuno è dato disporre di un diritto di un altro soggetto".

²⁸⁶ V. quanto osservato da G. RECINTO, *op. cit.*, p. 432, nel senso che "la tematica della trasmissibilità della quota su un singolo bene non necessariamente sembra debba essere analizzata nella prospettiva della vendita del c.d. esito divisionale oppure della vendita di bene totalmente o parzialmente altrui, che costituiscono le soluzioni tradizionalmente indicate in relazione a quelle ipotesi in cui il comunista intende attribuire ad un terzo la proprietà esclusiva di un bene in comunione". Più in generale, v. sempre C. M. BIANCA, *op. loc. cit.*, secondo cui in tutte le ipotesi di alienazione in nome proprio da parte del non legittimato "trova applicazione...il principio sancito dalla normativa della vendita secondo la quale il venditore è obbligato a fare acquistare al compratore la proprietà della cosa o il diritto, se l'acquisto non è effetto immediato del contratto (1476, n. 2, 1478 c.c.)".

²⁸⁷ La tematica, in seno alla dottrina e la giurisprudenza, è stata oggetto di analisi soprattutto in occasione degli studi in tema di vendita della cosa comune. In merito a tale fattispecie, peraltro, si è acceso un dibattito relativo all'individuazione dell'oggetto della vendita che ha condotto ad affermare (Cass., 18 settembre 1991, n. 9749, in *Giust. civ. Mass.*, 1991, fasc. 9; Cass., sez. un., 8 luglio 1993, n. 7481, in *Foro it.*, 1993, I, p. 2456; Cass., sez. un., 14 aprile 1999, n. 239, in *Contratti*, 1999, 11, p. 978 ss.) ora l'unicità del contratto, avente quale oggetto la cosa comune e quale parte venditrice una parte complessa, formata dalla pluralità dei comproprietari, e ora (Cass., 25 febbraio 2020, n. 4964, reperibile sul sito www.pluris-cedam.utetgiuridica.it; Cass., 9 aprile 1991, n. 3716, in *Arch. loc.*, 1992, p. 331; G. R. FILOFRANO, *op. cit.*, p. 135 ss.) la pluralità delle vendite, aventi per oggetto ciascuna la quota del singolo comproprietario, salvo che da patto espresso non risulti che si sia voluto condizionare la vendita al consenso di tutti i comproprietari: cfr. F. GALGANO, voce *Vendita (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1993, p. 484, nota 1, secondo cui "il problema è di interpretazione della volontà delle parti; ma, se la volontà di tutti i comproprietari si esprime in unico atto, si deve presumere che si sia voluta vendere la cosa comune, non già una somma di quote".

²⁸⁸ Sul punto, v. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, cit., pp. 322 e 333.

²⁸⁹ Secondo L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 213, nelle ipotesi di inefficacia il negozio "è, fin dal momento della costituzione, fornito di tutti i requisiti di esistenza e validità", essendovi soltanto "un impedimento che si oppone alla produzione degli effetti, impedimento che può sparire successivamente".

individualistica del rapporto di comunione”²⁹⁰ anche da coloro che riconoscono infondata la teoria della proprietà plurima (parziaria o integrale)²⁹¹, con quella dell’art. 1108 c.c., dettato in ordine alla disposizione della cosa comune nella sua interezza²⁹².

In secondo luogo, a riprova della terzietà reciproca tra comunisti potrebbe invocarsi anche la compravendita della quota del diritto di comproprietà su singoli beni della massa comune (c.d. vendita della “quotina”).

Nel caso in cui l’oggetto della comunione sia costituito da una pluralità di beni, potrebbe accadere che il singolo comunista disponga della propria situazione giuridica limitatamente ad un singolo bene tra quelli comuni.

Siffatta ipotesi ha finito per suscitare l’interesse della dottrina e della giurisprudenza, in seno alle quali si è posto il problema nel senso che la situazione di comproprietà sia riferibile ad ogni singolo bene ovvero soltanto al complesso dei beni comuni.

La problematica ha assunto particolare rilevanza in quanto coinvolgente la questione circa la tradizionale contrapposizione tra *pars quota* e *pars quanta*²⁹³.

Attorno alla tematica si sono fronteggiate due scuole di pensiero contrapposte²⁹⁴.

²⁹⁰ Così, R. CALVO, *op. cit.*, p. 198.

²⁹¹ Cfr. R. CALVO, *op. cit.*, p. 10 ss. Secondo l’a. (p. 25) “la proprietà del comunista ha natura e fondamenti diversi da quella ordinaria (che si ha in caso di titolarità semplice anziché complessa)”, trattandosi di “una proprietà *sui generis* data la sua articolazione soggettiva (ove concorrono e convivono rapporti reali e obbligatori)”.

²⁹² Sul differente ambito funzionale della normativa di cui agli artt. 1103, 1° co., c.c. e 1108, 3° co., c.c., v. G. R. FILOGRANO, *op. cit.*, p. 137 ss.

²⁹³ La *pars quanta* sarebbe quella oggetto di proprietà solitaria, laddove la *pars quota* si identificherebbe con l’oggetto della proprietà indivisa, grazie “alla quale ultima su ogni particella della cosa comune grava, in ragione di una determinata frazione, il diritto di ciascun partecipe, sì da ravvisare a suo favore una quota parte della *communio*, nel senso che più situazioni reali e obbligatorie di eguale contenuto (c.d. identità qualitativa) coesistono sulla stessa *res* senza che ciò implichi la sua partizione corporale”: R. CALVO, *op. cit.*, p. 2.

²⁹⁴ È opportuno precisare che la problematica, pur avendo assunto particolare rilevanza in tema di comunione ereditaria (F. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 118), potrebbe sorgere anche nella comunione ordinaria ogni qualvolta la comunione, sulla base del titolo di acquisto originario, sia composta da diversi beni ed il singolo comunista intenda alienare la sua quota di comproprietà su un singolo bene comune, alterando per sua iniziativa lo stato di comunione: v. G. RECINTO, *op. cit.*, p. 432, il quale rileva che “la retroattività della divisione ereditaria...non costituisce un indice per giustificare trattamenti differenziati tra comunione ereditaria, da un lato, ed ordinaria, dall’altro”; A. TORRONI, *La Cassazione torna sull’alienazione della quotina. Alla ricerca della ratio della qualifica giurisprudenziale come alienazione dell’esito divisionale e di soluzioni di tecnica contrattuale*, in *Riv. not.*, 2018, p. 765 ss.

Secondo un orientamento, legato alla tradizione germanica²⁹⁵, il singolo comunista non potrebbe considerarsi titolare di una quota di comproprietà su ciascun bene, ma soltanto della quota sull'intero asse unitariamente considerato.

Conseguentemente, in tale ottica, si tenderebbe a negare la possibilità di disporre della quota di comproprietà su un singolo bene della massa comune²⁹⁶.

La prevalente giurisprudenza specificamente avrebbe tratto la conseguenza che la fattispecie negoziale in esame non produrrebbe effetti reali immediati, bensì meramente obbligatori, essendo gli stessi subordinati alla circostanza che il bene oggetto di disposizione venga attribuito in sede di divisione al cedente (c.d. vendita dell'esito o dell'effetto divisionale)²⁹⁷. Ai fini del compimento di una valida e legittima divisione, pertanto, la qualifica di condividente dovrà esser necessariamente attribuita al comunista alienante, rimanendo il soggetto acquirente estraneo alla massa comune.

Secondo altra corrente di pensiero, facente capo alla tradizione romanistica, al contrario ciascun partecipante sarebbe contitolare della quota del diritto di comproprietà di ogni singolo bene ereditario²⁹⁸. Di conseguenza, ogni comunista sarebbe libero di compiere atti di disposizione della propria quota di comproprietà limitatamente al singolo bene²⁹⁹.

La dottrina più fedele a questa impostazione tenderebbe a considerare l'atto di cessione della quota indivisa sopra un singolo bene facente parte di una più ampia massa comune immediatamente produttivo di effetti traslativi: l'acquirente diverrebbe comproprietario del bene medesimo e potrebbe

²⁹⁵ Cfr. F. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 118, spec. nota 33.

²⁹⁶ Cfr. F. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 119, spec. nota 35.

²⁹⁷ Cass., 23 febbraio 2018, n. 4428, in *Riv. not.*, 2018, p. 757 ss., con nota di A. TORRONI, *La Cassazione torna sull'alienazione della quotina. Alla ricerca della ratio della qualifica giurisprudenziale come alienazione dell'esito divisionale e di soluzioni di tecnica contrattuale*, p. 760 ss. Sul punto, cfr. F. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 121, spec. nota 44, il quale rileva che "all'interno di tale orientamento non v'è tuttavia concordia di opinioni circa gli effetti prodotti medio tempore dall'atto di cessione in oggetto". Secondo il citato a., infatti, "alcuni affermano che tale atto produce nell'immediato l'effetto della cessione dell'uso e del godimento pro quota del singolo bene (GRASSO); altri ritengono che si abbia un negozio sottoposto a condizione sospensiva (CICU); altri ancora discorrono di vendita di cosa altrui (RUBINO) o di cosa futura (SALIS); la Cassazione discorre di vendita obbligatoria alla stessa stregua di chi vende l'intero bene comune, basandosi sull'effetto retroattivo della divisione di cui all'art. 757 c.c."; G. RECINTO, *op. cit.*, p. 432, per il quale vi sarebbe "una diffusa tendenza, soprattutto della giurisprudenza, a sovrapporre la tematica della disponibilità della quota su un singolo bene rientrante in una più ampia comunione con quella degli atti traslativi diretti al trasferimento della proprietà esclusiva di un bene facente parte della massa comune".

²⁹⁸ Così, v. G. BRANCA, *op. cit.*, p. 133 ss.; F. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 119 ss., spec. nota 36; G. RECINTO, *op. cit.*, p. 433.

²⁹⁹ Cfr., per tutti, F. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 119, spec. nota 37.

in quanto tale esercitare le facoltà di uso e di amministrazione di cui agli artt. 1100 ss. c.c., anche con riferimento al solo bene oggetto di disposizione e non anche agli altri beni comuni³⁰⁰.

Venendo, poi, alla divisione della massa comune, si sono contrapposte posizioni alquanto variegate.

Secondo un primo orientamento, si verrebbe a creare una prima comunione (esclusivamente sul singolo bene oggetto di disposizione *pro quota*), intercorrente tra l'acquirente e gli altri comproprietari non alienanti, ed una seconda comunione (soltanto con riguardo ai beni che non sono stati oggetto di disposizione *pro quota*) sussistente tra gli originari partecipanti³⁰¹.

Ne conseguirebbe che, ai fini del loro rispettivo scioglimento, dovrebbe farsi luogo a due distinte divisioni: l'una, alla quale sarebbero legittimati soltanto l'acquirente e gli originari comproprietari escluso il cedente, che avrebbe ad oggetto il bene di cui si è disposto; l'altra, alla quale sarebbero legittimati gli originari comproprietari con esclusione del cessionario, che avrebbe ad oggetto i residui beni³⁰².

Il comunista alienante, avendo ormai ceduto la propria posizione *pro quota* rispetto ad un singolo bene, parteciperebbe pertanto esclusivamente alla divisione della massa primigenia, la quale rimarrebbe tra gli originari comproprietari subendo al contempo soltanto una modificazione oggettiva a seguito della esclusione dalla medesima del cespite alienato³⁰³.

Secondo altra corrente di pensiero, sembrerebbe al contrario preferibile sostenere che «tutti i beni costituenti l'originaria massa comune vadano assoggettati ad un'unica divisione, alla quale il cessionario può, o secondo i casi deve, partecipare quale 'avente causa da un partecipante', in base all'art. 1113 c.c.» e «se il bene oggetto di disposizione viene assegnato all'alienante, la situazione di proprietà vantata dal cessionario risulterà definitivamente consolidata: 'il diritto dell'acquirente

³⁰⁰ Cfr., per tutti, G. BRANCA, *op. cit.*, p.134 ss. e F. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 122.

³⁰¹ Cfr., per tutti, R. MAZZARIOL, *op. cit.*, p. 130.

³⁰² Sul punto, v. F. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 123 e R. MAZZARIOL, *op. cit.*, p. 130 ss.

³⁰³ Così, R. MAZZARIOL, *op. cit.*, p. 130.

da comunione, (cousufrutto ecc.) col non alienante si converte in...comunione col venditore'»³⁰⁴. Infatti, gli artt. 726 e 727 c.c. lascerebbero chiaramente intendere che le porzioni da attribuire a ciascun condividente debbano essere formate con tutti i beni facenti parte della massa comune e quindi anche con il bene del quale si è *pro quota* disposto *manente comunione*. Nell'ottica di siffatto orientamento, argomentandosi diversamente, si “finirebbe con l'attribuire al singolo condomino il potere di incidere notevolmente sulla sfera giuridica degli altri comproprietari, atteso che questi ultimi, per effetto dell'atto di disposizione della quota sul singolo bene, sarebbero costretti, per giungere allo scioglimento della comunione su tutti i beni appartenenti alla originaria massa comune, ad effettuare più divisioni, le quali peraltro potrebbero condurre a risultati sensibilmente diversi da quelli che avrebbe prodotto una divisione unica”³⁰⁵.

Ebbene, a prescindere dall'orientamento al quale si intende aderire, anche nella vendita della quota del diritto di comproprietà su un singolo bene della comunione sembrerebbe possibile continuarsi a scorgersi quella terzietà reciproca fra comunista cui dianzi si è fatto ripetutamente cenno.

Alla luce delle considerazioni svolte, quindi, laddove la vendita della quota di comproprietà su singolo bene non debba ritenersi produttiva di effetti reali immediati, conseguentemente la fattispecie andrebbe ricondotta nel novero dell'art. 1479 c.c., potendo l'acquirente di buona fede domandare, sin da subito, la risoluzione del contratto³⁰⁶. Viceversa, a volersi sostenere che predetta

³⁰⁴ Così, F. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 124, secondo cui “qualora invece il bene oggetto di disposizione venga assegnato ad un diverso condividente il cessionario perde ogni diritto sul bene cedutogli *pro quota*” tuttavia non essendovi “concordia di opinioni circa i diritti spettanti in quest'ultimo caso al cessionario in sostituzione del bene che gli era stato *pro quota* ceduto”. Tale conclusione sarebbe tra l'altro conforme con quanto tradizionalmente rilevato da G. BRANCA, *op. cit.*, p. 135 ss.

³⁰⁵ Così, F. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 123 ss., il quale inoltre osserva che “una così rilevante deroga al principio della relatività dei contratti sancito dall'art. 1372, comma II, c.c. avrebbe richiesto una espressa previsione normativa in tal senso”. Invece, “l'art. 1113 c.c. lascia supporre proprio il contrario laddove, disponendo che alla divisione possano partecipare gli ‘aventi causa da un partecipante’, implicitamente ammette che la divisione resti unica anche qualora un comproprietario compia atti di disposizione del proprio diritto”. Tale conclusione sarebbe, ancora una volta, coerente con l'ancora attuale pensiero di G. BRANCA, *op. cit.*, p. 137, secondo cui «l'acquisto della stessa cosa dopo la divisione è una eventualità che si può e non si può verificare: sotto questo aspetto, che è comunque secondario e mediato, il contratto è in certo senso aleatorio, se le parti non hanno manifestato una diversa volontà: dico ‘in certo senso’ perché, come ho scritto poco fa, l'irripetibilità del prezzo è compensata dal diritto dell'acquirente sulla somma assegnata nella divisione all'alienante».

³⁰⁶ Così, seppur in riferimento alla comunione ereditaria, R. MAZZARIOL, *op. cit.*, p. 122. Sul punto, in senso parzialmente difforme sembrerebbe porsi M. FRAGALI, *op. ult. cit.*, pp. 447 e 489 ss., il quale, accostando la questione

fattispecie produca immediati effetti reali, la medesima andrebbe ricondotta a quella di cui all'art. 1103 c.c.³⁰⁷

Comunque, a prescindere dalle conseguenze che possano trarsi sotto il profilo effettuale dell'atto di vendita, in entrambe le ipotesi continuerebbe a scorgersi quel limite della sfera giuridica degli altri partecipanti alla comunione, che il comunista alienante è tenuto a rispettare in virtù del principio di relatività degli effetti contrattuali (art. 1372 c.c.).

Ancora, anche ove si voglia condividere la ricostruzione della fattispecie in termini di vendita dell'esito o dell'effetto divisionale³⁰⁸, dovrebbe comunque ravvisarsi quella condizione di terzietà reciproca fra comunisti.

Innanzitutto al silenzio del legislatore, come è noto, si sono contrapposte due opposti indirizzi di pensiero in merito alla ricostruzione di predetta fattispecie dispositiva.

Secondo l'orientamento più accreditato, la vendita dell'esito o dell'effetto divisionale integrerebbe un'ipotesi di condizione volontaria o, quanto meno, legale, essendo l'assegnazione dell'esito divisionale requisito di efficacia del contratto³⁰⁹.

della alienazione della quota di comproprietà su singoli beni della comunione a quella dell'alienazione del bene o diritto comune da parte di un solo comunista, una volta osservato che "se non contiene la clausola di differimento dell'effetto dell'alienazione, il negozio non è configurabile come vendita di cosa altrui...perché la comunione...non è proprietaria di questa cosa, ma ne sono proprietari tutti i partecipanti: è vendita di cosa *eventualmente altrui*, perché non si sa se, nella divisione, essa spetterà all'alienante", giunge alla conclusione che "non sarebbe vendita di cosa parzialmente altrui quella di una cosa che è comune ad altri *pro indiviso*".

³⁰⁷ In questo senso, v., sostanzialmente, G. RECINTO, *op. cit.*, p. 432 ss. e R. MAZZARIOL, *op. cit.*, p. 129 ss., il quale rileva che "le situazioni giuridiche soggettive di contitolarietà dei diritti reali vanno riferite a ogni singolo bene facente parte della comunione ordinaria in virtù del ricordato principio di individualità di ogni rapporto giuridico", sicché "la quota spettante a ogni contitolare verterà distintamente su ogni singolo cespite". Secondo l'a., infatti, paradigmatico sarebbe "l'esempio fornito dall'art. 1103 c.c., il quale è concepito al singolare, ossia con riguardo all'unico bene oggetto di disposizione, e configura degli effetti reali che prescindono da qualsiasi indagine relativa alla eventuale titolarità di altri beni in comune spettante all'alienante".

³⁰⁸ Sul punto, cfr., per tutti, F. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 128, secondo cui "per regola generale l'atto di disposizione di un diritto, sia esso un diritto pieno ed esclusivo sia esso un diritto di comproprietà, ha immediata efficacia traslativa", potendo "tale regola...subire eccezioni solo nei casi in cui vi è un oggettivo impedimento al trasferimento immediato del diritto, impedimento che può derivare innanzitutto dalla stessa volontà dei contraenti" i quali "possono infatti espressamente subordinare l'atto di disposizione sul bene indiviso alla condizione che il bene di cui si è disposto sia assegnato all'alienante in sede di divisione (c.d. alienazione dell'esito divisionale o dell'effetto divisionale)".

³⁰⁹ In tal senso, v. L. SALIS, *op. cit.*, p. 100 ss., spec. nota 4; G. BRANCA, *op. cit.*, p. 132 ss.; F. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 128. Più in generale, tale orientamento inoltre sembrerebbe essere coerente con l'ancora attuale pensiero di L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 201, secondo cui è necessario discernere tra invalidità ed inefficacia in senso stretto, in quanto, nel primo caso, "l'inefficacia, cioè la non produttività degli effetti giuridici, è soltanto una conseguenza, o se si vuole un aspetto di qualcosa di più grave che tocca direttamente il negozio; in parole diverse, risale ad una vera e propria malattia, ad un vizio intrinseco del medesimo", mentre, nel secondo caso, "l'inefficacia è essa sola a turbare la vita del negozio: è, diremmo, causa ed effetto insieme; in altre parole il negozio è *soltanto inefficace*". L'a., nonostante giunga alla elaborazione di un'ampia categoria dei requisiti legali di efficacia, osservando (p. 209) che «non si comprende perché

Secondo un'altra corrente di pensiero, invece, non sarebbe possibile ricostruire la fattispecie in termini condizionali, in quanto non sarebbe possibile dedurre in condizione la titolarità del diritto in capo all'alienante, trattandosi di requisito essenziale – e quindi di validità³¹⁰ – dei contratti ad effetti reali³¹¹.

Anche al riguardo, pare il caso di evidenziare come, a prescindere dall'orientamento al quale si intenda aderire, continuerebbe a ravvisarsi quella condizione di reciproca estraneità - quindi di terzietà – fra le rispettive sfere patrimoniali di ogni comunista.

Secondo l'insegnamento più accreditato, l'evento dedotto in condizione volontaria, oltre ad essere futuro ed incerto, dev'essere anche possibile³¹² e la condizione legale, al pari di quella volontaria, risponderebbe “all'idea di una disposizione che subordina l'efficacia o la risoluzione del contratto ad una circostanza che non attiene al contenuto dell'impegno contrattuale o agli elementi costitutivi dell'atto”³¹³; viceversa, il difetto di requisiti essenziali, essendo quest'ultimi attinenti al

mai i *requisiti d'efficacia* devono prendersi *a priori* sotto il profilo del loro divenire ‘futuro ed incerto’, e presi sotto tale profilo devono essere addirittura battezzati con un altro nome (*condizioni legali*), come se, così considerati, venissero a costituire una particolare classe entro la più ampia categoria degli elementi riguardanti l'efficacia del negozio», significativamente conclude (p. 216) nel senso che “per le alienazioni o, in genere, le disposizioni dei diritti soggettivi, funziona da requisito d'efficacia l'appartenenza all'alienante del diritto o, in genere, il potere di disposizione”.

³¹⁰ V. l'insegnamento di L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 202 ss., secondo cui “è da notare che di distinguono nettamente dagli elementi costitutivi, od essenziali, del negozio, altri elementi che hanno rilievo *soltanto* per il verificarsi degli effetti, per modo che la loro mancanza impedisce che questi abbiano luogo, ma non rende incompleto o viziato il negozio”; questi elementi «possono chiamarsi ‘requisiti o presupposti d'efficacia’ (*Wirksamkeitserfordernisse*) dei negozi giuridici» e non devono essere confusi “con taluni elementi essenziali per la *validità* del negozio”.

³¹¹ Così, per tutti, M. FRAGALI, *op. ult. cit.*, p. 488 ss., per il quale “si può ammettere che il contratto talora possa obbligare il venditore a chiedere la divisione, se l'alienante non sia vincolato da patto di indivisione, o che il compratore possa domandare la divisione in via surrogatoria; ma l'imposizione di quell'obbligo o l'attribuzione di quel potere sarebbero effetti che, producendosi prima che si produca l'effetto traslativo, appaiono di indole preliminare, e quindi inerente ad un contratto *in itinere*; come, del resto, *in itinere* è ritenuto il contratto sotto condizione sospensiva o a termine iniziale”. Secondo il citato a., infatti, “è questa la tesi che appare preferibile: la clausola che differisce l'effetto dà principio ad un processo negoziale a formazione progressiva, e pertanto, se l'assegnazione divisionale non avviene, non tanto l'alienazione non ha effetto, quanto la fattispecie non si completa”. Per un'impostazione non dissimile, seppur in tema di donazione della “quotina” ereditaria, v. sostanzialmente Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5068, cit., la quale ritiene la donazione di un bene altrui, benché non espressamente vietata, nulla per difetto di causa, a meno che nell'atto si affermi espressamente che il donante sia consapevole dell'attuale non appartenenza del bene al suo patrimonio.

³¹² V., per tutti, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 498, il quale rileva che “l'impossibilità del verificarsi dell'evento esclude infatti che sussista un condizionamento del contratto e del relativo rapporto”, piuttosto, trattandosi di condizione sospensiva “la sua impossibilità rende il contratto definitivamente inefficace”, mentre nel caso di condizione risolutiva “essa si considera non apposta, non essendo in grado di incidere sull'efficacia del contratto”.

³¹³ V. sempre C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 513, il quale mette ben in rilievo che “il contratto è perfezionato nei suoi elementi costitutivi mentre la condizione legale attiene ad un elemento esterno al quale è subordinata l'efficacia ma non la vincolatività del contratto”. Secondo l'a., inoltre, “in linea di massima la disciplina dettata per la condizione volontaria risulta applicabile alla condizione legale”.

contratto stesso ed ai suoi elementi costitutivi, andrebbero a toccare direttamente il negozio intrinsecamente viziandolo ed invalidandolo ³¹⁴.

Volendo adattare i predetti principi alla vendita dell'esito o dell'effetto divisionale, non potrebbe farsi a meno di osservare come in seno alla medesima fattispecie possano distinguersi varie ipotesi.

Innanzitutto, nell'ipotesi in cui dal programma negoziale non sia possibile desumere espressamente la volontà delle parti di condizionare l'alienazione all'esito divisionale, sorgerebbe immediatamente per il venditore l'obbligo di far acquistare a compratore la proprietà *ex art. 1476, n. 2, c.c.* sulla falsariga della vendita di cosa altrui, essendo la mancanza di titolarità presupposto o requisito di efficacia - e non di validità³¹⁵ - del negozio³¹⁶.

Inoltre, le parti potrebbero decidere volontariamente di dedurre in condizione l'esito della futura divisione configurando la stessa come condizione sospensiva³¹⁷ o risolutiva³¹⁸.

Infine, l'autonomia privata potrebbe essere nel senso di voler concludere un negozio dispositivo dell'esito divisionale nonostante il medesimo, potendosi annoverare tra le ipotesi di alienazione di diritti altrui, sia considerato invalido dal diritto positivo³¹⁹.

Ebbene, essendo l'appartenenza del diritto all'alienante o il potere di disposizione requisito di efficacia del contratto, in riferimento all'ipotesi in cui non sia possibile desumere espressamente la volontà delle parti di condizionare l'alienazione all'esito divisionale dovrebbe continuarsi a rilevare

³¹⁴ V. le osservazioni ancora attuali di L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 201, nel senso che l'inefficacia del negozio viziato è soltanto "una conseguenza, o se si vuole un aspetto di qualcosa di più grave che tocca direttamente il negozio".

³¹⁵ Nel caso in cui dovesse invece condividersi la ricostruzione in termini di requisito di validità negoziale, dovrebbe andarsi a verificare la scelta di diritto positiva in termini di nullità o annullabilità, infatti, stabilire se un dato elemento sia requisito legale di efficacia o di validità sarebbe "tutto un problema di diritto positivo": L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 213.

³¹⁶ Così, F. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 129. Più in generale, la soluzione riportata del testo sarebbe fedele all'idea che l'appartenenza del diritto all'alienante o il potere di disposizione funzioni da "requisito d'efficacia": L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 213.

³¹⁷ V. per tutti F. MAGLIULO, *op. loc. cit.*, secondo cui in tal caso "non v'è dubbio che l'atto dispositivo non produce immediati effetti traslativi".

³¹⁸ V. per tutti F. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 130, in questo caso non potendosi dubitare "che l'atto di disposizione produca effetti traslativi immediati anche se precari, in quanto suscettibili di venir meno all'avverarsi della condizione risolutiva".

³¹⁹ Riguardo all'ipotesi figurata nel testo, v. per tutti L. BARASSI, *op. cit.*, p. 727, nota 60, che ritiene la vendita in ogni caso nulla.

nei confronti degli altri comunisti non partecipanti al negozio dispositivo quella condizione di terzietà rispetto al medesimo: l'alienazione dell'esito divisionale potrebbe ritenersi inefficace rispetto agli altri partecipanti alla comunione se ed in quanto al comunista alienante non appartenga il diritto o più in generale il potere di disposizione, essendo il bene assegnato all'esito divisionale del patrimonio altrui.

In ordine alla ricostruzione della fattispecie in termini condizionali, l'evento dedotto in condizione - l'assegnazione del bene al comunista alienante all'esito divisionale – soddisferebbe a pieno i requisiti di incertezza e possibilità³²⁰ se ed in quanto il medesimo bene sia appartenente agli altri comunisti, cioè sia di titolarità di terzi soggetti³²¹: l'assegnazione del bene all'esito o all'effetto della divisione scontrerà positivamente il giudizio di possibilità della condizione ai sensi e per gli effetti dell'art. 1354, 2°co., c.c., soltanto se *ab origine* non vi fosse certezza in merito alla titolarità del bene oggetto di assegnazione³²². Diversamente opinandosi, alto sarebbe il rischio che la condizione scontri negativamente il giudizio circa la possibilità dell'evento dedotto ad oggetto e che – in riferimento alla condizione legale – il negozio dispositivo sia già produttivo di effetti reali immediati sin dal momento del suo perfezionamento, trovandosi il bene già di titolarità dell'alienante³²³.

Infine, anche a voler accedere all'impostazione nel senso dell'invalidità dell'atto dispositivo pure continuerebbe a riscontrarsi una condizione di reciproca terzietà ed indipendenza fra comunisti,

³²⁰ Sul punto, v. F. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 129, per il quale “nulla vieta che le parti possano *ex professo* dedurre in condizione l'esito della futura divisione, trattandosi di elemento che presenta quelle caratteristiche di futurità ed incertezza che sono proprie della condizione”.

³²¹ Sembrerebbe cogliere perfettamente nel segno chi osserva (M. FRAGALI, *op. ult. cit.*, p. 489 ss.) che il negozio, se non contiene la clausola di differimento dell'effetto dell'alienazione, sarebbe configurabile come “vendita di cosa *eventualmente* altrui, perché non si sa se, nella divisione, essa spetterà all'alienante”.

³²² Sulla falsariga della compravendita di cosa propria, l'assegnazione di un bene di cui già si è titolari non potrebbe ritenersi operazione possibile sul piano giuridico e fattuale.

³²³ Se nell'ipotesi di difetto di titolarità si è soliti affermare (F. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 129) che “il contratto è suscettibile di produrre effetti traslativi immediati per la quota di proprietà di cui il venditore è già titolare al momento della conclusione del contratto”, *a contrario* dovrebbe affermarsi che, laddove la quota del bene assegnato all'esito della divisione debba dirsi già di titolarità dell'alienante al momento di perfezionamento del contratto, il negozio dispositivo *pro quota* del singolo bene produca sin dal principio effetti reali immediati. In sintesi, la condizione legale dell'assegnazione (all'esito della divisione) del medesimo bene oggetto di vendita *pro quota* in favore dell'alienante troverebbe la propria ratio giustificatrice nell'altruità del bene oggetto di assegnazione, non potendosi concepire l'assegnazione di un bene di cui già si è titolari.

essendo problema di diritto positivo verificare se un dato requisito – nel caso di specie, l'appartenenza della cosa al venditore – sia soltanto di efficacia o anche di validità³²⁴. Quando l'ordinamento sancisce la nullità o l'annullabilità del negozio su cosa altrui, l'intento del legislatore sarebbe nel senso di disciplinare i rapporti interni tra le parti, piuttosto che di regolamentare i rapporti esterni con il proprietario, nei cui confronti il negozio risulterebbe sempre irrilevante³²⁵: sia nel caso di invalidità che di inefficacia del negozio su cosa altrui, in effetti, la scelta di politica legislativa sarebbe volta a dettare la disciplina delle sorti del vincolo contrattuale (*rectius* del rapporto interno) intercorrente tra le parti ed avente ad oggetto una cosa appartenente all'altrui patrimonio, piuttosto che il rapporto con il soggetto esterno (*id est* terzo) e, cioè, con il reale proprietario; infatti, come è stato insegnato³²⁶, le norme sull'alienazione di cosa altrui “hanno lo stesso oggetto, o meglio la identica sfera di applicazione”, cioè “disciplinano i rapporti interni, i rapporti tra le parti” e non i “rapporti esterni”, i “rapporti col proprietario”, presupponendo, peraltro, predetta normativa “proprio l'irrilevanza del negozio rispetto al proprietario”³²⁷ della cosa altrui e, quindi, al terzo.

In altri termini, pur volendo considerare come invalido l'atto dispositivo su cosa altrui concluso tra le parti, allora, non pare azzardata l'idea per la quale, rispetto alla fattispecie negoziale dispositiva, il titolare effettivo del patrimonio riversi in una condizione di terzietà, avendo, peraltro, lo stessa ad oggetto una cosa altrui, cioè appartenente alla sfera giuridica di un soggetto estraneo (*id est* terzo).

Conseguentemente, il comunista non partecipante al negozio dispositivo invalido continuerebbe ad essere soggetto estraneo rispetto al medesimo e quindi terzo rispetto al partecipante autore dell'alienazione.

In conclusione, a meno che non debba ritenersi infondata la teoria secondo cui terzo sarebbe ogni soggetto rimasto estraneo al negozio che dovrebbe produrre effetti sul patrimonio di sua

³²⁴ V. ancora il pensiero di L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 213.

³²⁵ V. sempre L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 261.

³²⁶ V. sempre L. CARIOTA FERRARA, *op. loc. cit.*

³²⁷ V. sempre L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 261, spec. nota 5.

titolarità³²⁸, anche nella vendita *pro quota* di singolo beni della massa comune dovrebbe scorgersi quella situazione di estraneità (*id est* di terzietà) in capo agli altri comunisti non partecipanti al negozio dispositivo compiuto dall'altro, in quanto anche in siffatta ipotesi si avrebbe quella dissociazione fra soggetto autore del negozio e titolarità del patrimonio sul quale si produrranno tutti o parte degli effetti dello stesso.

4.2. La rinuncia al diritto di comproprietà (art. 1104 c.c.).

Come è noto, in dottrina si è soliti richiamare la normativa dell'art. 1104, 1°co., c.c., per dare fondamento alla rinuncia al diritto reale immobiliare, in quanto il legislatore con la medesima avrebbe espressamente attribuito a ciascun partecipante, obbligato a contribuire nelle spese necessarie per la conservazione e per il godimento della cosa comune, nonché a quelle deliberate dalla maggioranza, la facoltà a rinunciare al proprio diritto reale immobiliare al contempo liberandolo dei predetti oneri e pesi³²⁹.

In linea generale ed ai fini dell'ulteriore svolgimento dell'indagine, sembrerebbe estremamente utile prendere le mosse dalla definizione della rinuncia soffermandosi, in particolare, sul profilo effettuale della medesima.

Come è stato osservato, potrebbe definirsi come “atto di rinuncia al diritto reale l'atto unilaterale mediante il quale il titolare di un diritto reale dismette la propria situazione giuridica soggettiva, con ciò provocandone la definitiva fuoriuscita dalla propria sfera giuridica”³³⁰. Inoltre, è

³²⁸ V. L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 4 ss.

³²⁹ Per tutti, oltre che per gli opportuni riferimenti, R. QUADRI, *La rinuncia al diritto reale immobiliare. Spunti di riflessione sulla causa dell'atto unilaterale*, cit., p. 11 ss., spec. p. 15 ss. In dottrina, con diverse posizioni in merito alla configurabilità dell'atto di rinuncia immobiliare, cfr.: C. BONA, *L'abbandono mero degli immobili*, Trento, 2017; U. LA PORTA, *La rinuncia alla proprietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 484 ss.; A. DE MAURO, *La rinuncia alla proprietà immobiliare*, Napoli, 2018; R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze*, Napoli, 2019; G. ORLANDO, *Rinuncia opportunistica alla proprietà immobiliare e abbandono immobiliare*, in *Diritto dell'economia*, 2021, p. 233 ss.; E. DAMIANI, *Il problema della rinuncia alla proprietà immobiliare*, in *Camminodiritto*, 2022, p. 2 ss.

³³⁰ Così, R. QUADRI, *op. ult. cit.*, pp. 2 e 3.

ricorrente l'affermazione secondo cui il potere di rinunciare al diritto sarebbe espressione del potere di disposizione³³¹.

Dal punto di vista effettuale si è costantemente rilevato che l'atto di rinuncia produce la perdita del diritto da parte del rinunziante e, quindi, la fuoriuscita dello stesso dalla relativa sfera giuridica³³².

Esaminando la fattispecie presa in considerazione dalla normativa dianzi richiamata (art. 1104, 1° co., c.c.) sotto il profilo effettuale, come è stato rilevato, "l'atto di rinuncia da parte del comproprietario produce, in via diretta, il duplice effetto della perdita del diritto e della liberazione dagli obblighi e, in via indiretta, l'accrescimento della quota del comproprietario rinunziante in favore degli altri comproprietari"³³³.

Orbene, sia sotto il profilo dell'effetto diretto che di quello indiretto, i comproprietari non rinunzianti sembrerebbero trovarsi in una condizione di estraneità (*id est* terzietà) rispetto al comunista titolare del patrimonio, sul quale l'atto abdicativo produrrà i suoi effetti.

In altri termini, l'atto di rinuncia sarebbe rispetto ai comunisti non partecipanti "*res inter alios acta*", essendo il negozio abdicativo giuridicamente rilevante – almeno sul piano degli effetti diretti – soltanto per la sfera giuridica del comunista autore dello stesso.

Anche in siffatta ipotesi, vi sarebbe una perfetta identità tra il soggetto autore del negozio dispositivo e quello titolare del patrimonio interessato dagli effetti negoziali, in quanto soltanto indirettamente, cioè per effetto della legge o dell'ordinamento, l'atto di rinuncia è destinato ad avere rilevanza giuridica anche per il patrimonio degli altri.

Insomma, l'atto di rinuncia, essendo mera dichiarazione di volontà abdicativa dal proprio diritto, sarebbe di per sé irrilevante per la sfera di interessi degli altri partecipanti.

³³¹ V. R. QUADRI, *op. ult. cit.*, pp. 4 e 5.

³³² Per tutti, R. QUADRI, *op. ult. cit.*, p. 7 ss., il quale rileva che "la sorte del diritto oggetto dell'atto di rinuncia – ovvero, in altre parole, la relativa eventuale acquisizione da parte di altri soggetti diversi dal rinunziante – oltre che rappresentare una conseguenza solo ulteriore ed indiretta del medesimo atto, sembra dipendere, in concreto, dalla natura dello stesso diritto". L'a., inoltre, rileva che l'atto di rinuncia avente ad oggetto il diritto di proprietà, comporterebbe l'acquisto del bene in favore dello Stato (art. 827 c.c.); quello relativo ad un diritto reale limitato, causerebbe l'espansione del diritto di proprietà; e, infine, quello concernente la quota di comproprietà, accrescerebbe la quota degli altri.

³³³ Così, R. QUADRI, *op. ult. cit.*, p. 18.

D'altronde, siffatta conclusione parrebbe dover essere confermata anche dal punto di vista dell'effetto indiretto della rinunzia, presupponendo l'incremento della quota degli altri – l'effetto accrescitivo – una terzietà reciproca fra i comunisti.

È stato rilevato che l'accrescimento è un concetto che assume più precisi contorni nei casi di contitolarità di un diritto reale o personale³³⁴.

L'accrescimento, infatti, “non consiste in un aumento quantitativo (in estensione) del diritto del beneficiario, ma solo nell'incremento qualitativo (in intensità) di tale diritto, in automatica rispondenza al venir meno del concorrente diritto di altro contitolare; appunto perché qualsiasi variazione, in aumento o riduzione, nel numero dei contitolari, importa automaticamente un incremento o una ulteriore riduzione delle facoltà e delle utilità (in ordine al godimento) che ciascuno di essi può derivare dal suo diritto, in dipendenza del concorso degli altri”³³⁵.

In altri termini, l'accrescimento assolverebbe la propria funzione nelle fattispecie di comproprietà³³⁶, in quanto “non avrebbe senso decorrere di accrescimento se non in presenza di una attribuzione patrimoniale destinata ad una pluralità determinata di persone”³³⁷.

Secondo il tradizionale insegnamento, quindi, il fenomeno al vaglio si adatterebbe perfettamente con la comunione romanistica del nostro codice³³⁸.

Il meccanismo dell'accrescimento «si può intendere in tutta la sua portata solo quando (previa l'accettazione di uno o di più) un altro (o più altri) dei destinatari “non voglia o non possa accettare” l'attribuzione disposta in suo favore (art. 674, 675, 773 c.c.); o quando, dopo l'acquisto, venga a perdere (per rinunzia, premorienza, o altro motivo) il diritto già conseguito (art. 678, 1874 c.c.)»³³⁹.

³³⁴ Cfr. G. GAZZARA, voce *Accrescimento (dir. civ.)*, in *Enc. del dir.*, I, Milano, 1958, p. 321, secondo cui “il fenomeno dell'accrescimento è destinato a svolgere la sua funzione normale (*ante* o *post-acquisto*) soltanto in casi di contitolarità (sia pure potenziale) di un diritto reale o personale; contitolarità determinata da un negozio *mortis causa* o *inter vivos* (art. 674, 675, 678, 775, 1874 c.c.)”.

³³⁵ G. GAZZARA, *op. loc. cit.*

³³⁶ Cfr. G. GAZZARA, *op. cit.*, p. 325, il quale aggiunge che “la disposizione con accrescimento realizza, tra i vari designati, una comunione a struttura collettivistica”.

³³⁷ Così, G. GAZZARA, *op. cit.*, p. 323.

³³⁸ Sul punto, v. L. BARASSI, *op. cit.*, p. 178, il quale rileva che «ci possiamo figurare...quel diritto del partecipante come soggetto a una condizione risolutiva (“se alla sua morte non lascerà discendenti”), verificandosi la quale – senza però effetto retroattivo – la parte del partecipante rimane vacante e si accresce agli altri».

³³⁹ V. G. GAZZARA, *op. loc. cit.*

Nella situazione di contitolarità, pertanto, è possibile cogliere tutti gli sviluppi dell'*iter* del fenomeno: il diritto di un concorrente viene meno dopo che ognuno degli altri destinatari abbia conseguito il proprio; solo allora infatti si può apprezzare un effettivo processo di espansione del diritto di ciascuno degli altri contitolari.

In sintesi, ai fini dello svolgimento dell'indagine in corso, l'accrescimento sembrerebbe presupporre un'autonomia ed indipendenza tra le rispettive sfere di interessi dei contitolari, identificandosi l'effetto dell'accrescimento stesso nella dilatazione del diritto degli altri partecipanti.

Orbene, per riprendere le fila del discorso in merito alla rinuncia del comunista alla quota di comproprietà, l'effetto indiretto di quest'ultima - l'accrescimento appunto - potrebbe spiegarsi soltanto alla luce dell'autonomia ed indipendenza delle sfere giuridiche dei comunisti: il patrimonio di titolarità del comunista non rinunziante, a seguito della rinuncia dell'altro, subirà gli effetti (indiretti) espansivi del diritto *ab origine* appartenente a quest'ultimo, se ed in quanto vi sia una netta separazione tra il patrimonio dell'uno e dell'altro.

In conclusione, essendo l'alterità soggettiva e patrimoniale presupposto indefettibile dell'accrescimento, ancora una volta sarebbe possibile rilevare come il comunista non rinunziante sia soggetto estraneo (*id est* terzo) sia rispetto al negozio abdicativo che all'effetto accrescitivo, in quanto egli non sarebbe partecipe né dell'uno e né dell'altro.

4.3. La disponibilità *pro quota* del diritto di comproprietà fra comunisti.

Nella prassi è frequente che i comunisti pongano in essere tra di loro atti dispositivi del diritto di comproprietà in ragione della rispettiva quota.

Sempre ai fini di un ulteriore sviluppo dell'indagine in corso, sembrerebbe allora opportuno constatare se i predetti atti dispositivi fra comunisti siano o meno dotati di qualche rilevanza giuridica.

Specificamente, al fine di conferire fondamento giuridico a siffatti atti, dovrebbe necessariamente riconoscersi autonomia ed indipendenza reciproca tra i comunisti, riscontrandosi, in caso contrario, un'ipotesi di contrattazione con se stesso. In effetti, delle due l'una: o si riconosce

rilevanza giuridica agli atti dispositivi compiuti tra comunisti sul presupposto che tra i medesimi vi sia autonomia ed indipendenza delle rispettive sfere di interessi, oppure, in alternativa, gli stessi dovrebbero scontare il giudizio di validità delle fattispecie di contrattazione con se stesso³⁴⁰.

A sostegno della rilevanza giuridica degli atti dispositivi fra comunisti (e quindi dell'autonomia ed indipendenza delle rispettive sfere di interessi), ci si potrebbe riferire alla categoria degli atti equiparati alla divisione (art. 764, 1° co., c.c.), nonché degli atti diversi dalla divisione.

Si è soliti annoverare tra le cause di scioglimento della comunione l'acquisto da parte di un solo comunista di tutte le quote di comproprietà degli altri: la cessione di quota per un determinato prezzo a tutti i comunisti o ad alcuni di essi viene considerata come divisione³⁴¹.

Più precisamente, è stato rilevato che dovrebbe distinguersi il caso in cui il negozio di alienazione di quota concluso tra coeredi abbia lo scopo di far cessare la comunione, dall'ipotesi in cui, invece, con l'alienazione i partecipanti alla comunione non si propongano lo scopo di dividere.

Nel primo caso, un comunista acquista, a titolo oneroso o gratuito, per atto tra vivi o *mortis causa*, i diritti di comproprietà degli altri partecipanti, determinando lo scioglimento dello stato di comunione: quando un comunista diventa titolare di tutte le quote di comproprietà non sarà più possibile discorrere di esistenza di un diritto di proprietà limitata sulla cosa, in quanto, venuto meno il presupposto necessario dell'esistenza della comunione (la pluralità di titolari), mancherebbe la comunione medesima³⁴².

Nella seconda ipotesi, invece, qualcuno dei comunisti negozierebbe il diritto che ha nella comunione contro un corrispettivo, il quale, pur avendo riferimento alla quota, non sia determinato da un rapporto di corrispondenza con questa, bensì, di solito, anche da motivi di convenienza personale³⁴³.

³⁴⁰ Sulla tematica della contrattazione con se stesso, v., per tutti, C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 227 ss.

³⁴¹ Sul punto, L. SALIS, *op. cit.*, p. 178 ss. Più recentemente, ad es., C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, cit., p. 354 ss.

³⁴² V. L. SALIS, *op. cit.*, p. 179, secondo cui "la cosa, prima in comunione, forma ora oggetto di un diritto reale di cui è titolare una sola persona, e questo diritto è dominio *pieno*, proprietà *esclusiva*, non più condominio, comproprietà".

³⁴³ Cfr. L. SALIS, *op. cit.*, p. 179, nota 1, il quale rileva che "in questo secondo caso il negozio, che può stringersi tanto con uno dei condomini quanto con un estraneo, pur potendo avere l'effetto di far cessare la comunione, non costituisce divisione, e quindi è sottratto alla possibilità della rescissione per lesione".

Orbene, quel che si intende mettere qui in rilievo è che gli atti equiparati alla divisione (art. 764, 1° co., c.c.) sembrerebbero presupporre in sé un'autonomia ed indipendenza tra le sfere di interessi dei partecipanti alla comunione, cioè una terzietà reciproca degli stessi: il comunista che acquista la quota o, comunque, la cosa comune dagli altri partecipanti, sia con atti successivi che con unico atto, al pari del soggetto estraneo alla comunione, acquista sempre diritti di comproprietà, cioè diritti di proprietà limitata; a volersi argomentare in modo differente, dovrebbe provarsi che l'insieme dei comunisti abbiano la piena proprietà della cosa comune e che anche uno solo di essi sia legittimato a disporre dell'intera cosa in virtù di quella solidarietà cui dianzi si è fatto cenno.

In realtà, come è stato rilevato, l'ipotesi da ultimo prospettata dovrebbe fare i conti con la disciplina di cui all'art. 1103 c.c., la quale riconosce a ciascun comunista la legittimazione a disporre soltanto del diritto di comproprietà in ragione della quota di cui si è titolare e non della quota degli altri o, comunque, dell'intera cosa comune³⁴⁴.

Ancora, anche la transazione divisoria, ossia la transazione mediante la quale i partecipanti definiscono questioni insorte a causa della divisione o di un atto paradivisorio (art. 764, 2° co., c.c.)³⁴⁵, nonché la divisione transattiva, cioè quel "contratto misto in cui concorrono la causa della divisione e quella della transazione"³⁴⁶, sembrerebbero dare fondamento giuridico alla conclusione nel senso della reciproca terzietà fra comunisti: se è vero che il rapporto giuridico debba essere contraddistinto da un'alterità soggettiva tra i partecipanti³⁴⁷, anche in siffatte fattispecie dovrebbe rilevarsi l'esistenza di una reciproca autonomia ed indipendenza delle rispettive sfere di interesse di ogni comunista. Argomentandosi diversamente, sia la transazione divisoria che la divisione transattiva dovrebbero scontare il giudizio di validità cui si è soliti sottoporre le fattispecie di contrattazione con se stesso, essendo inevitabilmente da presupporre che ogni partecipante sia

³⁴⁴ Cfr. L. SALIS, *op. cit.*, p. 180.

³⁴⁵ Cfr., per tutti, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, cit., p. 355 ss., il quale rileva che la transazione divisoria non avrebbe funzione divisoria, a differenza della divisione transattiva.

³⁴⁶ Così, C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 358.

³⁴⁷ Sul punto, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 227 ss.

legittimato a disporre del diritto di proprietà su tutta la cosa comune o, comunque, delle quote di ogni altro partecipante.

Anche la fattispecie della vendita dei beni per il pagamento dei debiti ereditari (art. 719 c.c.) e del diritto ereditario fatta al coerede (art. 765 c.c.), del resto, sembrerebbero corroborare la conclusione nel senso della terzietà reciproca fra comunisti. L'art. 719, 1°co., c.c., riconosce alla maggioranza dei coeredi il potere di ricorrere alla vendita all'incanto dei beni (mobili e/o immobili) della massa comune per il pagamento dei debiti e pesi ereditari, essendo in tal caso le ragioni dei creditori ampiamente tutelate dai meccanismi pubblicitari connaturati a predetta vendita³⁴⁸. Peraltro, il secondo comma della medesima norma, al contempo, dispone che, quando concorre il consenso di tutte le parti, la vendita potrà essere eseguita in forma privata, cioè senza i meccanismi pubblicitari richiesti dalla vendita all'incanto, "tra i soli condividenti"³⁴⁹. L'art. 765 c.c. riconosce espressamente, poi, ai coeredi o a uno di essi la facoltà di vendere, senza frode ed a rischio e pericolo dell'acquirente, il diritto ereditario ad altro partecipante³⁵⁰.

Orbene, a meno che non si intenda andare in senso contrario al dettato normativo, attribuendosi invalidità giuridica a siffatte fattispecie con l'annoverarle nel campo della contrattazione con se stesso, non potrebbe che continuarsi a rilevare come i partecipanti alla comunione si trovino in una reciproca situazione di autonomia e indipendenza, cioè in una condizione di terzietà.

Non da ultimo, anche l'attribuzione *ex lege* di un diritto di prelazione in capo al comunista non alienante (art. 732 c.c.) dovrebbe spingere nel senso dell'esistenza di un'autonomia ed indipendenza tra le sfere di interessi dei partecipanti, non essendo possibile configurare un diritto di prelazione in capo a sé stessi: il diritto di prelazione e, in caso di inadempimento del medesimo, il retratto successorio esplicherebbero la propria funzione soltanto se ed in quanto il negozio dispositivo compiuto da un comunista risulti rispetto all'altro "*res inter alios acta*", in quanto soltanto in siffatta

³⁴⁸ Cfr., per tutti, P. FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 119 ss.

³⁴⁹ Cfr., per tutti, P. FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 122 ss.

³⁵⁰ Cfr., per tutti, P. FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 754 ss.

ipotesi il comunista non alienante (*id est* terzo), esercitando il retratto, potrebbe decidere di rimuovere l'acquisto del soggetto estraneo alla comunione, facendo propria la quota del comunista alienante, al contempo 'accrescendo' la misura del proprio diritto³⁵¹. Inoltre, ad ulteriore conferma che i comunisti si collochino in una situazione di terzietà reciproca, vi sarebbe anche la diffusa convinzione nel senso che, attribuendosi legittimità agli atti dispositivi compiuti fra comunisti, il diritto di prelazione non spetterebbe tra comunisti, mirando l'art. 732 c.c. soltanto ad impedire l'ingresso di estranei nella comunione tra coeredi³⁵².

In conclusione, dovendosi riconoscere rilevanza giuridica a siffatte fattispecie anche oltre il campo della comunione ereditaria³⁵³, ancora una volta non potrebbe non addivenirsi alla conclusione nel senso di un'autonomia ed indipendenza tra le sfere giuridiche di titolarità di ogni comunista, cioè di una terzietà reciproca delle stesse.

5. Segue. La disciplina degli atti di straordinaria amministrazione della cosa comune (artt. 1108 e 1120 c.c.).

Come dianzi rilevato, ciascun comunista può compiere atti di disposizione materiale e giuridica della cosa comune³⁵⁴.

Nelle intenzioni del legislatore, vi sarebbe netta divergenza tra le fattispecie in cui la decisione riguardi la materiale esecuzione di un'innovazione o miglioria e quelle in cui si debba discutere della alienazione o disposizione giuridica della cosa comune o, comunque, delle quote aventi ad oggetto la stessa³⁵⁵.

³⁵¹ Cfr., per tutti, G. BONILINI e C. COPPOLA, *Il retratto successorio*, in *Trattato dir. succ. don.*, diretto da G. Bonilini, IV, *Comunione e divisione ereditaria*, Milano, 2009, p. 101.

³⁵² V. G. BONILINI e C. COPPOLA, *op. loc. cit.*

³⁵³ Cfr. l'art. 1116 c.c. In senso dubitativo in merito all'applicabilità della prelazione ereditaria (art. 732 c.c.) alla comunione ordinaria v., per tutti, P. FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 239 ss.

³⁵⁴ Sul punto, v. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, cit., p. 332 ss.

³⁵⁵ In tema, v. G. R. FILOGRANO, *op. cit.*, p. 138, il quale rileva come «per cogliere l'effettiva funzione dell'art. 1108, comma 3, c.c., è quindi indispensabile che tale norma sia "letta" nel contesto globale dell'articolo citato, nel cui ambito, evidentemente, assume il compito, del tutto interno alla comunione, di tracciare il confine di tipo funzionale, con riferimento alla cosa comune, tra "attività di amministrazione", affidata al potere della maggioranza qualificata dei partecipanti, e "attività di disposizione", come tale necessariamente assoggettata alla regola della unanimità dei consensi dei titolari delle singole quote».

Nelle prime, è sufficiente il consenso della maggioranza mentre, nelle seconde, è necessaria l'unanimità³⁵⁶.

In altri termini, per potere procedere alla alienazione della cosa comune nella sua interezza è necessario il consenso di tutti i partecipanti alla comunione³⁵⁷. Attesa, infatti, l'impossibilità, per il singolo comunista, di disporre efficacemente delle quote spettanti agli altri comunisti, per il trasferimento dell'intera cosa comune è necessario il consenso di tutti i titolari delle quote del bene interessato³⁵⁸. Viceversa, per il compimento degli atti di cui all'art. 1108, 1° e 2° co., c.c. basta il consenso della maggioranza che rappresenti almeno i due terzi del valore complessivo della cosa comune³⁵⁹.

A prescindere dall'impostazione cui si intenda aderire circa l'atto dispositivo della cosa comune compiuto da un solo comunista³⁶⁰, preme qui rilevare come la funzione dell'art. 1108, 3° co., c.c. sia quella di specificare ulteriormente l'ampio principio di relatività del contratto, secondo cui *"nemo plus iuris quam ipse habet transferre potest"*³⁶¹.

In tale prospettiva, quindi, il criterio unanimistico risulta rappresentativo dell'importanza della decisione, disponendosi giuridicamente della cosa comune e non solo della singola quota, e proprio dell'autonomia ed indipendenza delle rispettive sfere patrimoniali di ogni partecipante.

A ben vedere, quindi, la necessità del consenso di ogni singolo partecipante alla disposizione della cosa comune, risulta espressione di quella estraneità (*i.e.* terzietà) tra comproprietari: il consenso di ogni singolo partecipante è necessario *ex art.* 1108, 3° comma, c.c., se ed in quanto ciascun comunista versi in una condizione di estraneità (terzietà) rispetto agli altri, dato che – come è stato evidenziato³⁶² – nessuno può disporre (*ex art.* 1372 c.c.) giuridicamente della sfera patrimoniale altrui (*i.e.* di terzi) senza il consenso o, almeno, la facoltà di rifiuto di questi.

³⁵⁶ Cfr., ancora, G. R. FILOGRANO, *op. loc. cit.*

³⁵⁷ V., per tutti, G. R. FILOGRANO, *op. cit.*, p. 137.

³⁵⁸ Così, G. R. FILOGRANO, *op. loc. cit.*

³⁵⁹ V. ancora G. R. FILOGRANO, *op. cit.*, p. 137 ss.

³⁶⁰ V. per tutti C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, cit., p. 333, il quale non esita a rilevare che "la vendita dell'intera proprietà da parte del singolo comproprietario va qualificata e disciplinata come vendita di cosa parzialmente altrui (1480 c.c.)".

³⁶¹ Sul punto, v. G. R. FILOGRANO, *op. cit.*, p. 138.

³⁶² Alla luce del principio di relatività del contratto (*ex art.* 1372 c.c.) nel nostro ordinamento vige la regola "retaggio del tradizionale assunto della intangibilità della sfera giuridica individuale, che non può essere modificata da

In altri termini, non potendo il singolo comunista per legge (art. 1108, 3°co., c.c.) disporre della quota degli altri – e, quindi, della cosa comune – senza l'espresso consenso di tutti, costui non potrà che trovarsi in una condizione di terzietà rispetto alla quota di titolarità degli altri.

Dunque, alla luce dell'art. 1108, 3°co., c.c., ogni singolo comunista è titolare di una sfera giuridica personale e patrimoniale (la quota di comproprietà)³⁶³, la quale non può essere intaccata dagli altri partecipanti senza il suo consenso o la facoltà di rifiuto³⁶⁴.

Non è dato comprendere come potrebbe giungersi alla conclusione inversa, nel senso di un difetto di terzietà fra comunisti. Né tale opinione non condivisibile sembra possa trovare conforto nella disciplina di cui all'art. 1102 c.c.: siffatta disciplina, in effetti, si limita a chiarire che, nell'esercizio del diritto di (com)proprietà, ciascun partecipante è tenuto a rispettare la sfera degli altri.

Non sembrerebbe, pertanto, possibile rinvenire dalla disciplina da ultimo richiamata quel difetto di autonomia ed indipendenza tra le rispettive sfere di interessi di ciascun partecipante, che dovrebbe essere la risultante della mancanza di terzietà fra comunisti.

atti negoziali altrui, siano essi vantaggiosi o svantaggiosi”: v. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 517, il quale ravvisa in siffatto principio la massima espressione dell'autonomia contrattuale, intesa quale strumento attraverso cui “i soggetti dispongono della propria sfera personale e patrimoniale”.

³⁶³ Non può non dimenticarsi l'autorevole insegnamento (M. FRAGALI, *op. ult. cit.*, p. 410 ss.) secondo cui - sul presupposto che “la comunione non ha personalità giuridica, né ha soggettività propria” – “sono veri e propri diritti subiettivi quelli che si rifanno a quello di quota e non semplici riflessi di norme che dettano limiti ai poteri della maggioranza perché le norme stesse creano situazioni di vantaggio del singolo partecipante nei confronti di tutti gli altri, e contro costoro gli apprestano mezzi giuridici di protezione. I poteri inerenti a questi mezzi sono poteri di azione e come tali non possono essi stessi non ricondursi ad un diritto soggettivo...il partecipante si legittima come titolare di un diritto che può esercitare in modo autonomo, così come in modo autonomo si determina quando concorre alla formazione della volontà collegiale; gli altri partecipanti non possono impedire l'esercizio di tali diritti, d'onde l'obbligo a carico di essi. Egli non è un organo della collettività, per quanto non possa prescindere dal considerarne gli interessi; e, se mai, interviene a costituire l'organo che deve esprimere il volere comune”. Al pari di quanto è stato osservato nelle società per azioni circa i diritti individuali dell'azionista che troverebbero forza nella qualità di socio, nonché circa il complesso dei diritti spettanti a ciascun socio in forza del contratto di società (G. FERRI, *Distribuzione di azioni gratuite collegata con emissioni a pagamento e diritti individuali degli azionisti*, in *Riv. dir. comm.*, 1939, I, p. 485), anche in riferimento alla comunione può dirsi che al singolo partecipante spetta, in forza del rapporto di comunione, una duplicità di posizioni (*uti singulus* e *uti soci*) che confluiscono in un'unica posizione.

³⁶⁴ Se si ritiene che i comunisti non siano terzi, dovrebbe logicamente discenderne come conseguenza che l'atto dispositivo della cosa comune posta in essere da un solo di essi non sia al contempo lesiva della sfera giuridica patrimoniale e personale degli altri, in quanto espressione della medesima ed unitaria sfera giuridica. Sembra, invece, che laddove vi sia pluralità di sfere giuridiche non possa negarsi in alcun modo la terzietà tra coloro che addiventano ad un rapporto giuridico di qualsiasi natura. I sostenitori della non terzietà dovrebbero dimostrare, nella fattispecie della comunione, l'inesistenza di una moltitudine di sfere giuridiche individuali, in favore dell'esistenza di un'unica sfera personale e patrimoniale. In altri termini, si dovrebbe dimostrare che il comunista agisca in “rappresentanza” della collettività di cui fa parte e non, viceversa, per la sfera giuridica di sua titolarità al contempo intaccando quella degli altri.

Al contrario, come in precedenza rilevato, proprio siffatto limite sembrerebbe confermare l'idea che vi sia un'autonomia ed indipendenza tra le rispettive sfere di interessi, dovendo ogni comunista esercitare i propri poteri e facoltà nel rispetto degli altri (art. 1102 e 1108 c.c.).

Capitolo III

OPERATIVITA' DELL'ACCESSIONE E POSIZIONE DELLE PARTI.

1. Le origini dell'accessione: dalle molteplici fattispecie di accessione del diritto romano all'unitario diritto di accessione del *Code Napoléon*.

La chiave di volta per la comprensione dell'istituto dell'accessione (artt. 934 ss. c.c.) pare da rinvenirsi nel diritto romano classico, in quanto nelle fonti romane spesso si incontravano i termini “*accedere*” ed “*accessio*”.

Nei testi romani, come è stato autorevolmente osservato³⁶⁵, i predetti termini “*accedere*” ed “*accessio*” venivano impiegati con significato generico, ovvero per indicare ogni aumento, ogni incremento di una cosa e, nel campo patrimoniale, ogni incremento dello stesso, in contrapposizione ai termini “*decedere*” o “*decessio*” che indicavano ogni diminuzione o impoverimento patrimoniale.

Per il diritto romano i termini “*accedere*” ed “*accessio*” avevano quindi un significato più generale rispetto a quello che oggi tendenzialmente tende ad attribuirsi alla locuzione “accessione”³⁶⁶, in quanto non esisteva in seno allo stesso un unitario modo d'acquisto del dominio corrispondente all'accessione³⁶⁷. Per il diritto romano, ed in particolare per la giurisprudenza romana, vi erano invece varie fattispecie aventi, almeno in apparenza, caratteristiche comuni, in quanto si contraddistinguevano le une dalle altre per alcune differenze di fondo: i casi più antichi che attirarono a lungo l'attenzione di dottrina e giurisprudenza, furono quelli dell’“*alveus derelictus*”, dell’“*insula in flumine nata*”, dell’“*adluvio*”, dell’“*avulsio*”³⁶⁸, della “*inaedificatio*”, della “*satio*”,

365 Cfr. C. SANFILIPPO, voce *Accessione (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. It.*, I, 1, Torino, 1957, p. 129.

366 Cfr. C. SANFILIPPO, *op. cit.*, p. 130, secondo cui per noi il termine accessione sarebbe “espressione tecnica che serve a designare uno fra i vari modi di acquisto della proprietà”.

367 Cfr. G. GORLA, *L'accessione nel diritto civile italiano (Contributo alla dottrina dei modi d'acquisto della proprietà)*, in *Riv. it. scienz. giur.*, I, 1931, p. 88.

368 Cfr. A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001, p. 577, che li qualifica unitariamente come “incrementi fluviali”.

dell’*“implantatio”*, della *“ferruminatio”*, della *“plumbatura”*, della *“scriptura”*, della *“pictura”*, della *“tinctura”* e della *“textura”*³⁶⁹.

Tutti questi casi avevano caratteristiche comuni almeno in apparenza³⁷⁰, ma, ad una più attenta lettura, gli stessi presentavano notevoli differenze³⁷¹.

Come è stato osservato³⁷², il termine *“cedere”* - nel senso al contempo di perdita e acquisto della proprietà - veniva impiegato in tutti i casi, tranne che in riferimento agli incrementi fluviali, con riguardo ai quali si era soliti ricorrere alla locuzione *“accedere”*. In altri termini, si tratterebbe di una diversa scelta terminologica dovuta alla circostanza che negli incrementi fluviali, al di fuori dell’ipotesi dell’*avulsio*, si avrebbe l’acquisto di una *res nullius*, cioè di una cosa per la quale, dato che non appartiene a nessuno, non può dirsi che la proprietà dell’uno *ceda* a quella dell’altro, come invece accade negli altri casi³⁷³.

Queste differenze tra le fattispecie acquisitive, che, come si è poc’anzi osservato, sembrerebbero affiorare anche nella terminologia all’epoca impiegata, impedirono una elaborazione unitaria dell’istituto dell’accessione in epoca sia classica che giustiniana³⁷⁴.

369 Cfr. A. GUARINO, *op. cit.*, p. 581, che li annovera unitariamente sotto la categoria dei «fatti di accessione (*“accessio”*)».

370 Cfr. G. BRANCA, voce *Accessione*, in *Enc. del dir.*, I, Milano, 1958, p. 263, il quale ravvisa le caratteristiche comuni: nella unione di due cose; nell’acquisto della proprietà in favore di un proprietario ed a discapito di un altro; nel verificarsi dell’acquisto indipendentemente dall’attività o volontà dell’uomo. Secondo il citato a., questi sarebbero verosimilmente i motivi che avrebbero condotto i giuristi romani ad usare una terminologia in apparenza comune: “così *cedere* per indicare il sacrificio della proprietà (del proprietario) d’una cosa alla proprietà (al proprietario) dell’altra; così *accedere* che, mentre propriamente significa *unirsi, aggiungersi*... finisce per significare, in testi classici e in brani forse glossati, *acquisto in seguito ad unione*...così *accessio*, che però continua a voler dire *cosa aggiunta o cosa accessoria*”.

371 Cfr. G. BRANCA, *op. cit.*, p. 264, secondo cui l’esame dei testi romani in materia non sarebbe stato eseguito in profondità.

372 Cfr. G. BRANCA, *op. loc. cit.*

373 Cfr. G. BRANCA, *op. loc. cit.*, secondo cui “ecco perché l’unione (*accessio*) è subito acquisto, senza sacrificio (senza il *cedere*) del diritto di un precedente proprietario; ecco perché la parola (*accedere*) con cui si indica il congiungimento viene a significare contemporaneamente l’acquisto (*accedere*)”.

374 Cfr. G. GORLA, *op. cit.*, p. 93 ss., secondo cui il primo passo verso l’unificazione sarebbe stato fatto dai glossatori, in quanto essi “sotto l’unico nome di *“accessio”*, pongono l’acquisto dei frutti a favore del proprietario della cosa madre, l’acquisto per congiunzione di cose e gli incrementi fluviali” anche se “come si vede, l’unificazione non è completa; ne restano ancora fuori la *confusio*, la *immistio* e la *specificatio*, le quali nella glossa sono ancora configurate come modi d’acquisto a sé”. V. pure G. BRANCA, *op. loc. cit.*, secondo il quale l’elaborazione unitaria dell’istituto e l’introduzione di un modo generale di acquisto per accessione, sarebbero opera creatrice della giurisprudenza postromana e, precisamente, prima il Brachilogo, compilazione anteriore alla glossa, cominciò a parlare tecnicamente di accessione come modo di acquisto; poi la Glossa, sulla stessa strada, elaborò in senso unitario l’istituto. Secondo il citato a., “l’istituto dell’accessione è ignoto anche alla Parafrasi, che Teofilo, compilatore delle Istituzioni giustiniane, fece a quest’ultima... e ai Basilici, nota compilazione bizantina del IX sec.”; ad ogni modo, nell’ottica del citato a., i giustiniane fecero comunque un passo in avanti verso quella che poi sarà la regolamentazione moderna: il riconoscimento del diritto all’indennizzo in favore del vecchio proprietario della cosa divenuta di proprietà del titolare dell’altra cosa.

Il fatto giuridico dell'accessione, inteso in chiave moderna come modo di acquisto del dominio a titolo originario, per il diritto romano era, invece, scomposto nelle distinte figure dell'acquisto dei frutti a favore del proprietario della cosa madre, negli incrementi fluviali (“*adluvio*”, “*alveus derelictus*”, ecc.), nella c.d. specificazione, nell'acquisto per congiunzione di cose ed infine nella confusione³⁷⁵.

L'unificazione dei predetti casi acquisitivi del *dominium ex iure Quiritium* nella categoria dell'accessione sarebbe avvenuta soltanto anni dopo, nell'epoca postromana e, precisamente, in quella dei glossatori³⁷⁶.

Nell'ottica dei glossatori, i predetti fatti giuridici acquisitivi del *dominium* finirono per essere considerati come un'unica fattispecie giuridica. Sotto l'unico nome di “*accessio*” furono posti l'acquisto dei frutti a favore del proprietario della cosa madre, l'acquisto per congiunzione di cose e gli incrementi fluviali, anche se l'unificazione non fu completata, in quanto restarono fuori la “*confusio*”, la “*immistio*” e la “*specificatio*”³⁷⁷, che nella glossa furono ancora configurate come modi di acquisto a sé³⁷⁸.

In epoca immediatamente successiva, la dottrina dell'accessione unitaria si perfezionò nel senso di ricercare ed individuare una *ratio* naturale unica per tutti i casi di accessione.

375 Cfr. G. GORLA, *op. loc. cit.*

376 Cfr. G. GORLA, *op. cit.*, p. 93 ss., secondo cui i glossatori si limitarono a distinguere una “*accessio concreta* (acquisto dei frutti) da una *accessio discreta* (alluvioni ed acquisti per congiunzione)” nonché una “*accessio quae fit divina natura tantum operante*, da una *accessio quae fit humana natura operante*”. Secondo il citato a., il formarsi della dottrina unitaria dell'accessione nella mente dei glossatori era dovuto, più che un equivoco derivante dalla giustapposizione dei testi romani, da un equivoco verbale, derivante dalle svariatissime accezioni cui le parole “*accessio*” ed “*accedere*” avevano nei testi romani. Secondo l'a., il concetto generale di accessione avrebbe quindi un'origine “verbale”, restando “impregiudicata la questione se i glossatori abbiano dato alla unificazione, oltre che una base verbale, anche una base logica” ovvero “se abbiano cioè configurato tutti i casi di *accessio* come un'unica fattispecie giuridica, o almeno come più fattispecie giuridiche, nelle quali però l'effetto giuridico, cioè l'acquisto del dominio, si debba ricondurre ad un unico principio”. L'a. continua ad osservare che “questo è assai arduo rinvenire nella glossa”, in quanto, limitandosi i glossatori a dare all'unificazione un “fondamento esteriore” (l'effetto dell'incremento dell'oggetto di una proprietà preesistente) e non giuridico, “è certo cioè che la elaborazione di una teoria generale della *accessio* appartiene ad un periodo a loro posteriore”: una teoria generale dell'accessione con contorni ben definiti fu elaborata, con metodo sistematico, dalle scuole di pensiero che vennero dopo a quella dei glossatori e dei commentatori (l'a. attribuirebbe la stessa alle opere del Connano, del Donello, del Vinnio e del Voet).

377 Cfr. G. GORLA, *op. cit.*, p. 93; G. BRANCA, *op. cit.*, p. 265.

378 Cfr. G. GORLA, *op. cit.*, p. 93 ss. secondo cui il merito di far rientrare nell’“*accessio*” anche la “*confusio*” e la “*specificatio*” si deve riconoscere alle scuole successive a quelle dei glossatori e dei commentatori che hanno conferito all'istituto un'ampiezza maggiore di quella ricevuta nella glossa.

In seno alla stessa, si riscontravano due differenti orientamenti di pensiero³⁷⁹.

Per alcuni, l'unica ragione naturale dell'accessione risiedeva nell'antico broccardo "*accessorium sequitur principale*", cioè la cosa accessoria dovrebbe seguire sempre quella principale, in quanto, in tutti i casi di accessione, vi sarebbe una contrapposizione fra un bene principale ed uno accessorio, uno maggiore ed uno inferiore, fra cosa madre e frutti³⁸⁰.

Per altri invece la *ratio* comune a tutti i casi di accessione sarebbe da ravvisarsi nella "*sola vi et potestate ac beneficio rei nostrae*", ovvero nella "*vi ac potestate rei nostrae*", nel senso che gli acquisti per accessione sarebbero una conseguenza del diritto di proprietà sulla cosa nostra, in quanto la "*vis*" e la "*potestas*" del dominio, spontaneamente e senza alcuna considerazione di un eventuale intervento dell'uomo, farebbero acquistare il frutto della cosa nostra, l'incremento fluviale e la "*res adjuncta*"³⁸¹.

Di lì a breve, quest'ultima teoria dell'accessione nel senso della "*vi ac potestate rei nostrae*" sembrò avere la meglio, in quanto l'idea secondo cui "l'accessione è un modo d'acquistare il dominio per gius delle genti *in virtù della cosa nostra*"³⁸² ben presto fu recepita nell'era delle codificazioni napoleoniche³⁸³.

Il *code napoléon* (art. 546), infatti, disponeva che "*la propriété d'une chose, soit mobilière soit immobilière donne droit sur tout ce qu'elle produit et sur tout ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement. Ce droit s'appelle droit d'accession*".

In altri termini, a voler decrittare il linguaggio legale, la proprietà di una cosa conterrebbe in sé questo diritto di accessione ("*droit sur tout ce qu'elle produit et sur tout ce qui s'y unit*"), il quale

379 Cfr. G. GORLA, *op. cit.*, p. 97 ss.

380 Cfr. G. GORLA, *op. loc. citt.*, nel senso di attribuisce l'impostazione di pensiero a Vulteo, Connano e Voet.

381 Cfr. G. GORLA, *op. loc. citt.*, nel senso di riconoscere il merito della predetta impostazione a Donello e Vinnio.

382 Cfr. G. GORLA, *op. cit.*, p. 100, il quale, ripercorrendo le tappe del pensiero del Pothier in merito ad un concetto di accessione inteso unitariamente, riporta testualmente la definizione di diritto di accessione elaborata da quest'ultimo nelle Pandette. Secondo il citato a., quindi, la sostanza della teoria del Pothier risiederebbe quindi "nei ragionamenti del Donatello e del Vinnio, dei quali egli riporta continuamente le precise parole, proprio come se avesse sempre dinanzi agli occhi i loro Commentarii".

383 Cfr. G. GORLA, *op. cit.*, p. 101 ss.

sarebbe causa dell'acquisto del dominio sulle cose aggiunte o prodotte, proprio così come anni addietro aveva affermato il Pothier³⁸⁴.

2. L'accessione tra il codice civile italiano del 1865 e quello del 1942.

Il codice civile del 1865, tralatiziamente, finì col fare propria la definizione del "diritto d'accessione" (art. 443 c.c.) così come contemplata nel *code napoléon* (art. 546 c. nap.).

In altri termini, analogamente a quanto avvenuto nel codice francese, anche nel codice italiano l'accessione fu concepita quale fattispecie giuridica unitaria e, precisamente, come espressiva della forza attrattiva del dominio su ciò che essa produce o ad essa si unisce, sussumibile nel noto principio "*vi ac potestate rei nostrae*"³⁸⁵.

Il codice civile (art. 443 cod. abr.), infatti, disponeva che "la proprietà di una cosa, sia mobile sia immobile, attribuisce diritto su quanto essa produce, o vi si unisce naturalmente o coll'arte: questo diritto si chiama diritto d'accessione".

L'accessione, quindi, piuttosto che modo d'acquisto del dominio era intesa come "conseguenza di una proprietà preesistente"³⁸⁶.

In altri termini, in tutti i casi di accessione la causa dell'acquisto del dominio era ravvisata nel preesistente contenuto del diritto di proprietà e, propriamente, nella *pars dominii* o *vis dominii* (c.d. diritto di accessione)³⁸⁷: il contenuto del diritto di proprietà preesistente su una cosa, cioè, era suscettibile ad espandersi su tutto ciò che insisteva sulla cosa medesima (piante, frutti, materiali edili, costruzioni, nuove opere, animali, ecc.).

384 Cfr. G. GORLA, *op. cit.*, p. 101 ss., spec. p. 104, il quale osserva che "questo diritto d'accessione, appunto perché si contiene nella proprietà, vuol essere, per il codice francese, un elemento del contenuto di essa, una *pars dominii*, come lo sono i c.d. *ius utendi*, *ius alienandi*...ed è per ciò che i compilatori hanno collocato la sua definizione fra le disposizioni generali sulla proprietà".

385 Cfr. G. GORLA, *op. cit.*, p. 104 ss.

386 Cfr. G. GORLA, *op. cit.*, p. 123. Non è era affatto un caso che i compilatori del predetto codice collocarono la disciplina dell'accessione nel libro secondo "Dei beni, della proprietà e delle sue modificazioni", sotto il Titolo II "Della proprietà", piuttosto che nel libro terzo "Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose".

387 Cfr. G. GORLA, *op. cit.*, p. 123

In realtà, non si può fare a meno di osservare che predetto diritto d'accessione (unitariamente inteso) fu spiegato in modo differente dalla dottrina dell'epoca.

Secondo una prima teoria, il diritto d'accessione si spiegava in virtù dell'incontenibile esigenza di dirimere un generale conflitto tra una cosa principale ed una accessoria. Specificamente, si affermava che l'accessione “sarebbe quel modo di acquisto che si verifica in tutti i casi in cui, in qualsiasi modo, *per qualsiasi fatto, di unione o di separazione*, una cosa diventa accessoria della nostra”³⁸⁸.

In tutti questi casi, il fatto giuridico sarebbe il medesimo: una cosa si pone in un rapporto di accessorietà con un'altra e ad essa cede.

In siffatto modo, l'accessione venne a configurarsi come un unico modo di acquisto del dominio per applicazione del principio “*accessorium sequitur principale*” che, quale “*legge universale della creazione*”, divenne la chiave di volta dell'istituto, nonché un vero e proprio “assioma logico” o “*regula famosa*”³⁸⁹.

Sennonché, è stato sottolineato come l'acquisto per accessione del dominio non presupponga necessariamente un generale conflitto tra cosa accessoria e principale³⁹⁰, tra l'altro, non presente in tutti i casi di accessione³⁹¹. Pertanto, sempre nell'ottica dell'insegnamento richiamato, la teoria che spiegava il fenomeno dell'acquisto per accessione attraverso il ricorso al principio “*accessorium sequitur principale*” sembrava confondere l'effetto con la causa: il mutamento dello stato dominicale di una cosa che cede ad un'altra sarebbe soltanto l'effetto e non la causa dell'acquisto per accessione;

388 Cfr. G. GORLA, *op. cit.*, p. 105, secondo il quale dovrebbe essere “questa la teoria di buona parte dei civilisti nostri e francesi”.

389 Cfr. G. GORLA, *op. cit.*, p. 106.

390 Cfr. G. GORLA, *op. cit.*, p. 107 ss., il quale a sostegno di quanto affermato richiama, a titolo esemplificativo, la disciplina sull'acquisto dei frutti: il dominio sugli stessi non necessariamente doveva essere acquistato dal proprietario della cosa madre, in quanto la titolarità poteva spettare al possessore di buona fede. Secondo l'a., il fenomeno dell'accessione non poteva spiegarsi con il ricorso alla disciplina dei frutti, in quanto i frutti non avevano il carattere di cosa accessoria in senso proprio.

391 Cfr. G. GORLA, *op. cit.*, p. 108, il quale finisce col confinare il generale contrasto tra cosa accessoria e principale, quale spiegazione dell'acquisto del dominio, al fenomeno della congiunzione di cose mobili (artt. 464 ss. c.c. abr.).

siffatto mutamento avrebbe indotto erratamente a considerare la cosa interessata dal mutamento di titolarità come accessoria.

In altri termini, il mutamento di titolarità rispetto ad una cosa non potrebbe spiegarsi ricorrendo all'applicazione del principio "*accessorium sequitur principale*" che, tra l'altro, sembrerebbe far riferimento a quel rapporto intercorrente esclusivamente fra due cose appartenenti ad un medesimo soggetto e non fra cose di titolarità di differenti soggetti, nonché al più generale concetto di cosa accessoria, nel quale entrerebbero, non solo i rapporti di dipendenza fra le cose, ma anche i rapporti fra i diritti di obbligazione, fra la garanzia e l'obbligazione principale, fra questa e la clausola penale, fra l'obbligazione agli interessi e quella di capitale³⁹². Inoltre, come si è avuto modo di mettere in evidenza in premessa, il ricorso al principio "*accessorium sequitur principale*" non spiegherebbe le differenze tra il fenomeno delle immobilizzazioni e quello dell'acquisto del dominio per accessione che, come è noto, sarebbero due fatti giuridici distinti e, pertanto, regolati in modo differente dalla legge.

Secondo altra corrente di pensiero, invece, l'accessione quale modo di acquisto del dominio si verificherebbe "in conseguenza dell'essere una cosa altrui divenuta *parte* della nostra"³⁹³. In tale ottica, il fenomeno acquisitivo dell'accessione veniva spiegato nel senso che "sopra le parti non possono sussistere rapporti giuridici diversi da quelli esistenti sul tutto"³⁹⁴. La *pars rei* sarebbe perduta dal suo originario proprietario, in quanto, dovendo avvenire la determinazione fisica dell'oggetto del dominio in modo unico e totalitario, sopra le parti della cosa non potevano sussistere rapporti giuridici diversi da quelli esistenti sul tutto³⁹⁵. Pertanto, l'acquisto per accessione era conseguenza generale fenomeno per cui una cosa diventava parte dell'altra a seguito della

392 Cfr. G. GORLA, *op. cit.*, p. 111, il quale afferma che "da questo fraintendimento del principio "*accessorium sequitur principale*" – fraintendimento, cioè, causato dal fatto, che, dopo la congiunzione delle cose, la cosa acquistata segue, o può seguire, nei rapporti giuridici, la sorte della cosa c.d. principale – è derivata, io credo, la teoria qui criticata".

³⁹³ Cfr. G. GORLA, *op. cit.*, p. 114 ss., secondo cui la teoria "è sostenuta specialmente dal Fadda e dal Bensa, nelle *Note alle Pandette del Windscheid* (lib. III, nota d)".

³⁹⁴ Cfr. G. GORLA, *op. loc. cit.*

³⁹⁵ Cfr. G. GORLA, *op. cit.*, p. 116, il quale, riportando quanto letteralmente sostenuto dal Fadda e dal Bensa, osserva che la regola generale "che, qualunque sia la natura della cosa..., la proprietà di questa comprende tutte le parti ad essa connesse, trova la sua recisa espressione negli artt. 443 e 446 c.c."

congiunzione³⁹⁶. Senonché, si è rilevato³⁹⁷ che la materiale congiunzione non costituirebbe necessario presupposto del concetto di *pars rei*, in quanto l'acquisto della cosa-parte dovrebbe "sempre verificarsi, anche quando le due cose fossero perfettamente separabili senza alcun danno" ovvero fossero "semplicemente giustapposte l'una all'altra"³⁹⁸. Ancora, non sarebbe "affatto vero che sopra le parti non possano sussistere rapporti giuridici diversi da quelli che sono sul tutto"³⁹⁹.

In effetti, spiegandosi l'acquisto per accessione a mezzo del concetto di *pars rei*, ancora una volta, si finiva col confondere l'immobilizzazione con il fenomeno acquisitivo dell'accessione⁴⁰⁰.

Una volta presa coscienza delle debolezze di siffatte spiegazioni del fenomeno acquisitivo dell'accessione, nonché della sostanziale eterogeneità del fatto materiale cui è collegato l'acquisto del dominio⁴⁰¹, in seno alla dottrina andò formandosi una nuova e diversa ricostruzione del fenomeno acquisitivo dell'accessione⁴⁰².

³⁹⁶ Cfr. G. GORLA, *op. loc. cit.*, il quale, sempre riportando quanto letteralmente affermato dai maggiori sostenitori della teoria al vaglio, osservava che "il principio vale tanto per designare la conseguenza dell'essere una cosa unita ad un'altra al momento in cui la si acquista o possiede, quanto per affermare *l'effetto del congiungersi* ad una cosa già nostra un'altra che per lo innanzi non lo era".

³⁹⁷ Cfr. G. GORLA, *op. loc. cit.*

³⁹⁸ Cfr. G. GORLA, *op. loc. cit.*

³⁹⁹ Cfr. G. GORLA, *op. loc. cit.*, il quale osserva che i romani non "abbiano mai affermato un simile principio rispetto alle cose altrui congiunte alla nostra". Il citato a., inoltre, continua ad osservare che «né esso principio vale per il nostro diritto: l'art. 464 c.c., proprio contro, afferma che, se le due cose congiunte sono separabili senza danno, ciascuno dei proprietari "ritiene la proprietà della cosa sua e ha diritto di ottenerne la separazione"». Secondo l'a. infatti, non si può negare "che anche in questo caso di separabilità si possa costituire un rapporto di parte a tutto fra le due cose unite: quella separabilità non modifica certo il concetto di *pars rei*!".

⁴⁰⁰ Cfr. G. GORLA, *op. cit.*, p. 119, secondo cui "a voler essere esatti, gli immobili per incorporazione e per destinazione sono davvero – se si escludono i casi di *instrumenta fundi* – per la maggior parte, più che pertinenze od accessori, delle *partes fundi*". Secondo l'a., l'acquisto della proprietà per accessione "non è conseguenza dell'essere divenuta una cosa *pars* di un'altra e propriamente, nel nostro caso, dell'essere essa immobilizzata", in quanto "si tratta di due fatti giuridici distinti con particolari requisiti, come dimostrano le disposizioni della nostra legge a proposito dei quadri, specchi, statue, ecc. (cfr. l'art. 414 con il 449 c.c.) e a proposito dei colombe, pesci, conigli, ecc.".

⁴⁰¹ Essendo, quindi, logicamente impossibile unificare dal punto di vista del fatto materiale costitutivo dell'acquisto i diversi modi di acquisto della proprietà nel fenomeno acquisitivo dell'accessione: cfr. G. GORLA, *op. cit.* p. 156 ss., il quale propugnava *de jure condendo* una disciplina dell'accessione frazionata, sulla falsa riga di quanto avveniva nelle fonti di diritto romano. Secondo l'a., infatti, i fatti giuridici, pur importano il medesimo effetto giuridico dell'acquisto del dominio, andrebbero distinti per la diversità del loro sostrato, cioè del fatto materiale al quale è collegato l'effetto giuridico. L'a., allora, ha riportato una classificazione di differenti modi di acquisto della proprietà. Essi sono: "1° l'acquisto dei frutti a favore del proprietario della cosa madre; 2° l'acquisto per trasformazione dell'alveo dei fiumi pubblici; 3° l'acquisto contemplato nell'art. 462 c.c.: una forma di occupazione; 4° l'acquisto per unione di cose; 5° l'acquisto contemplato nell'art. 452 c.c.; 6° l'acquisto della *nova res* sorta per mutamento di *species* della cosa nostra; 7° l'acquisto in conseguenza di una produzione industriale od artistica d'alto valore, cui si potrebbe riservare il nome tradizionale di specificazione".

⁴⁰² Cfr. G. GORLA, *op. cit.*, p. 120 ss., il quale, rifacendosi al pensiero di De Crescenzo e del Brugi, osserva che "per definire un fatto giuridico, come è il modo di acquisto del dominio, bisogna definire con precisione anche il fatto materiale costitutivo dell'acquisto". Secondo l'a., invece, le dottrine che spiegavano l'accessione ora ricorrendo alla *vis expansiva* della proprietà ed ora al generale contrasto tra cosa accessoria e principale ovvero alla teoria della *pars rei*, si sarebbero "limitate a determinare la *ratio juris* dell'acquisto in tutti i casi di accessione e a definire i caratteri comuni che

La prospettiva di fondo della nuova impostazione era nel senso che “il fatto materiale costitutivo dell’acquisto proprio dell’accessione sarebbe quindi l’unione di cose”⁴⁰³. Di conseguenza, dall’accessione, così intesa, si escludeva l’acquisto dei frutti nonché la specificazione⁴⁰⁴.

Si è sottolineata la parziale divisibilità di questa nuova impostazione, in quanto, se, da un lato, aveva il merito di attirare l’attenzione sul fatto materiale costitutivo dell’acquisto del dominio, dall’altro, rinunciava a proporre un concetto generale di accessione, così come essa si trovava configurata nel codice civile abrogato⁴⁰⁵. Precisamente, sempre nella medesima ottica, la definizione di accessione presente nel codice allora vigente, quale modalità di acquisto del dominio destinato a verificarsi come conseguenza di una proprietà preesistente, sembrava essere “veramente difettosa”⁴⁰⁶. Pertanto, essendo nell’accessione ricompresi più e distinti fatti materiali costitutivi dell’acquisto per dominio, vale a dire molteplici modi di acquisto del dominio, sarebbe stato auspicabile, *de jure condendo*, frazionare l’accessione in una molteplicità di modi di acquisto della proprietà, piuttosto che continuare inutilmente a sforzarsi di spiegare l’accessione quale modalità di acquisto unitariamente intesa⁴⁰⁷.

hanno le cose acquistate rispetto ad altre che sono già nostre” ma “in che cosa consista precisamente il fatto materiale, cui è collegato l’effetto acquisitivo, quelle dottrine non ce lo dicono: potrebbe trattarsi in alcuni casi di unione, in altri di separazione, in altri ancora di trasformazione”. Il citato a., infine, osserva che “questa esigenza della definizione ha invece tenuto presente un’altra dottrina sull’accessione, quella cioè che definisce l’accessione come quel modo d’acquisto del dominio che si verifica per l’unione di due o più cose, delle quali l’una trae a sé l’altra”.

⁴⁰³ Cfr. G. GORLA, *op. cit.*, p. 120.

⁴⁰⁴ Secondo gli autori che accoglievano questa opinione, il legislatore avrebbe impropriamente posto l’acquisto dei frutti insieme a tutti gli altri casi compresi dall’art. 446 all’art. 472 c.c. abr., in quanto dell’accessione in senso proprio tratterebbe soltanto il capo III del titolo della proprietà. In altri termini, il concetto proprio dell’accessione sarebbe quello contenuto nell’art. 446 c.c. abr. *Contra* G. GORLA, *op. loc. cit.*, p. 121, secondo cui questa dottrina “non è conforme a quella accolta dal nostro legislatore, per la quale certamente l’acquisto dei frutti costituisce un caso di accessione”. Secondo l’a., anche escludendo l’acquisto dei frutti, “non pare che il fatto materiale costitutivo dell’acquisto nell’accessione consista sempre in una unione di cose”, in quanto “non si può ravvisare una forma d’acquisto per unione di cose, anche allargando il concetto di unione a quello di giustaposizione, nelle c.d. accessioni fluviali, per le quali il fatto decisivo dell’acquisto non è l’unione di cose, ma piuttosto la trasformazione dell’alveo del fiume”.

⁴⁰⁵ Cfr. G. GORLA, *op. cit.*, p. 121.

⁴⁰⁶ Cfr. G. GORLA, *op. cit.*, p. 123, secondo il quale “volendosi in essa definire un fatto giuridico, non si definiscono gli estremi del fatto materiale che lo costituisce”.

⁴⁰⁷ Cfr. G. GORLA, *op. cit.*, p. 161 ss., il quale, infine, proponeva: di sopprimere la categoria dell’accessione così come intesa unitariamente dal codice civile abr.; di collocare i fatti giuridici, che erano riuniti nell’“*accessio*” fra le disposizioni generali sulla proprietà, nel titolo dei modi di acquisto del dominio, così troncandosi le inutili discussioni sulla natura di questi fatti giuridici, cioè se essi rappresentino modi di acquisto del dominio o piuttosto l’estensione di una preesistente proprietà; di porre in evidenza il fatto materiale al quale è collegato l’acquisto del dominio; di dare una figura chiara e precisa all’acquisto per unione di cose; di collocare il caso contemplato nell’art. 462 c.c., in tema di migrazione dei colombi, conigli e pesci, sotto il titolo dell’occupazione; di ritornare ad una nozione frazionata di accessione sulla falsariga delle fonti del diritto romano.

A tal fine, sarebbe necessario mettere in evidenza il fatto materiale costitutivo dell'acquisto del dominio, per poter giungere a dimostrare che, nella maggior parte dei casi di accessione, l'acquisto del dominio potrebbe ravvisarsi come la conseguenza del contenuto del diritto di proprietà preesistente, ovvero di una stessa *pars dominii*. In altri termini, soltanto ponendo l'attenzione sulle caratteristiche che contraddistinguerebbero la moltitudine di fatti materiali costitutivi l'acquisto del dominio, sarebbe possibile giungere a superare la convinzione secondo cui l'acquisto del dominio per accessione, unitariamente inteso, sia causato dal contenuto di proprietà preesistente, cioè dalla *pars dominii* (il c. d. diritto di accessione).

Soltanto in siffatto modo, sarebbe possibile giungere ad affermare che le fattispecie di acquisto della proprietà per unione di cose⁴⁰⁸ presentino delle caratteristiche differenti sia rispetto al diverso fenomeno dell'acquisizione dei frutti (art. 444 c.c. abr.) e delle immobilizzazioni (413 e 414 c.c. abr.) che delle accessioni fluviali (453 ss. c.c. abr.)⁴⁰⁹.

Diversamente opinandosi, oscurandosi i contorni particolari dei fatti giuridici acquisitivi del dominio, si ingenererebbero inammissibili confusioni⁴¹⁰ tra le fattispecie acquisitive della specificazione, dell'unione e della commistione, da un lato, e dell'accessione, dall'altro. Si finirebbe, inoltre, col costringere la specificazione nel concetto di accessione, così come inteso dal codice civile abrogato, cioè come la categoria generale di acquisti che si verificano come conseguenza della forza attrattiva di una preesistente proprietà ("*vi ac potestate rei nostrae*")⁴¹¹. Ancora, nell'ambito del

⁴⁰⁸ Cfr. G. GORLA, *op. cit.*, p. 149 ss., secondo cui nell'acquisto del dominio per accessione rientrerebbero i modi di acquisto della proprietà per unione di cose, nel quale "possono (o potrebbero) farsi rientrare tutti i casi accennati in questo paragrafo e precisamente: 1° l'unione (congiunzione o mescolanza) di cose mobili fra loro (artt. 464-467 e 471-472 c.c.). 2° l'unione di materiali da costruzione, piante ecc. ad un fondo (artt. 449-451 c.c.); 3° l'unione di particelle o di blocchi di terra ad un fondo". Secondo l'a., in una eventuale riforma del codice civile abr., "sarebbe opportuno rimaneggiare tutta questa materia" in quanto "si dovrebbe cioè cercare di uniformare ad un tipo comune tutti questi casi di acquisto del dominio per unione di cose". Precisamente, "si dovrebbe stabilire che in tutti questi casi l'acquisto si verifica, quando l'unione delle cose è stata attuata in tal maniera da non essere più separabile senza danno delle cose stesse o di una di esse...ciò in armonia con la *ratio* che deve determinare l'acquisto in questi casi, la *ratio* cioè di evitare una separazione dannosa, una distruzione dei valori economici".

⁴⁰⁹ Cfr. G. GORLA, *op. cit.*, p. 124.

⁴¹⁰ Cfr. G. GORLA, *op. loc. cit.*

⁴¹¹ Cfr. G. GORLA, *op. cit.*, p. 155, secondo cui "l'acquisto del dominio a favore dell'artefice non si può costringere poi nel concetto di accessione", in quanto "l'acquisto avviene non come conseguenza di una proprietà preesistente, ma invece come conseguenza del lavoro di produzione esplicato dall'artefice". Secondo il citato a., la "*ratio iuris* dell'acquisto è cioè il principio di produzione".

fenomeno degli acquisti per unione o congiunzione di cose, difficilmente potrebbe distinguersi tra unione e commistione, da un lato, ed accessione, dall'altro⁴¹². Infine, inevitabile sarebbe stato continuare ad affermare che la proprietà di una cosa sarebbe, per il suo contenuto giuridico ovvero per la sua forza attraente (“*vi ac potestate rei nostrae*”), “*causa*” dell’acquisto della proprietà sopra un’altra, senza però vedere il come ed il perché⁴¹³.

In realtà, ponendo l’accento sul fatto materiale costitutivo dell’acquisto del dominio, si è osservato che “la proprietà sull’una delle cose entranti nell’unione è soltanto il *titolo* dell’acquisto, non la *causa* di esso”⁴¹⁴.

Già la Relazione al codice civile, pertanto, sull’onda delle predette osservazioni, affermava che «ai modi di acquisto della proprietà enumerati dal codice del 1865 (art. 710) ho aggiunto l’accessione, che i compilatori del codice anteriore, anziché nel libro terzo “Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose” disciplinarono nel libro secondo “Dei beni, della proprietà e delle sue modificazioni”, considerandola non come un modo di acquisto, ma come uno sviluppo, un’esplicazione del diritto di proprietà sulla cosa principale...e infine ho aggiunto la specificazione, l’unione e la commistione...le tre ultime figure non possono, senza grande sforzo, ricondursi, come le riconduceva il codice del 1865, nell’ambito dell’accessione...nella specificazione, infatti, non è possibile ravvisare, come ha messo in evidenza la dottrina più moderna, un rapporto di subordinazione tra due elementi eterogenei, la materia e il lavoro; nell’unione e nella commistione poi, quando le cose sono inseparabili, sorge, di regola, un rapporto di comunione, e solo nel caso in cui una di esse possa essere considerata come principale rispetto all’altra o sia di molto

⁴¹² Cfr. G. GORLA, *op. cit.*, p. 144 ss., secondo cui “così stando le cose nel nostro codice, l’acquisto per congiunzione di materiali ad un edificio, od altra nuova opera eretta sul suolo (art. 449 c.c.), presenta la stessa identica figura dell’acquisto per unione di cose mobili”. Secondo l’a., precisamente, di acquisto per unione o congiunzione di una cosa si potrà parlare soltanto nelle fattispecie di cui agli artt. 464 ss. c.c. abr. (unione di cose mobili) ed agli artt. 449-451 c.c. abr. (unione di cosa mobile ad una cosa immobile), non configurandosi la fattispecie di cui all’art. 448 c.c. abr. (proprietario del fondo che edifica con materiali propri) quale modo di acquisto del dominio per unione di cose.

⁴¹³ Cfr. G. GORLA, *op. cit.*, p. 144, secondo cui “l’idea di una virtù, di una energia attraente delle cose è una figura poetica”, in quanto “il concetto di acquisto *vi ac potestate rei nostrae*, nel senso inteso dal codice, non può correre”.

⁴¹⁴ Cfr. G. GORLA, *op. loc. cit.*

superiore per valore, si opera l'attrazione *per praevalentiam* e si rientra nell'orbita dell'accessione» (n. 429).

L'impostazione più recente, ponendo l'accento sulle differenti caratteristiche che sembrerebbero connotare la moltitudine dei fatti materiali posti di volta in volta a fondamento dell'acquisto del dominio, pertanto, ha finito per prediligere proprio l'originaria impostazione delle fonti romane, elaborando una disciplina dell'accessione frazionata. Precisamente, l'eterogeneità delle caratteristiche che contraddistinguono il fatto materiale acquisitivo del dominio, ha condotto i codificatori a scorporare le modalità di acquisto della specificazione, dell'unione, della commistione nonché delle accessioni fluviali da quello dell'accessione, al contempo dotando ciascun istituto di una propria disciplina autonoma ed indipendente rispetto alle altre.

3. L'accessione come fattispecie complessa: l'incorporazione di materiali altrui e la comproprietà del suolo.

In relazione alla nuova sistematica del codice civile vigente, con la locuzione di matrice romanistica "accessione"⁴¹⁵, cioè quale modalità di acquisto della proprietà a titolo originario (*ex art. 922 c.c.*), si è soliti rappresentare, da un lato, il fenomeno dell'unione o congiunzione che abbia come conseguenza immediata e diretta l'acquisto della proprietà, al contempo non arrecando alcun sacrificio della proprietà in capo ad altri soggetti ("*accessio*") e, dall'altro, l'evento dell'unione e della congiunzione che, viceversa, comporti come conseguenza sia l'acquisto della proprietà che la perdita della stessa a discapito di altri soggetti ("*accedere*")⁴¹⁶.

⁴¹⁵ Si è soliti discorrere (cfr. G. BRANCA, *op. cit.*, p. 261) di accessione in senso lato come "verificarsi d'un fatto" in forza del quale una cosa, per forza interna o per apporti dall'esterno, si completa (ad esempio, l'edificio si completa con una tegola), si arricchisce (per esempio il terreno si arricchisce con i frutti, con una costruzione), si ingrandisce (per esempio il fondo si ingrandisce con l'aggiungersi di una zolla) e di accessione in senso stretto come "modo d'acquisto della proprietà".

⁴¹⁶ Sul significato dei termini "*accessio*" ed "*accedere*" sia lecito rinviare alle definizioni di G. BRANCA, *op. cit.*, p. 263.

A ben vedere, quindi, il fenomeno della congiunzione od unione materiale di una o più cose ad un'altra rappresenta il fulcro del predetto meccanismo acquisitivo del dominio⁴¹⁷. E, in effetti, corollario immediato, in ogni caso, sarebbe l'acquisto della proprietà sulle cose unite o congiunte materialmente con altre, in favore di un determinato soggetto legittimato a riceverle nel proprio patrimonio: quindi, effetto acquisitivo del dominio che potrebbe comportare (“*accedere*”) o meno (“*accessio*”) la perdita della titolarità delle cose congiunte o unite in capo all'originario proprietario. Nel primo caso, si pensi alla congiunzione od unione quale prodotto dell'opera dell'attività umana; nel secondo caso, invece, si pensi all'unione o congiunzione di un seme trasportato dal vento o dall'acqua che metta le proprie radici nel suolo. Nella prima fattispecie, il *dominus soli* acquisterebbe la proprietà dei materiali impiegati nella costruzione del prodotto, in quanto, al contempo, l'originario proprietario di quest'ultimi perderebbe la titolarità degli stessi. Nella seconda ipotesi, il *dominus soli* acquisterebbe la proprietà del seme, ma non vi sarebbe alcun sacrificio in capo ad altro soggetto, essendo le cose unite o congiunte “*nullius*” o “*derelictæ*”.

In tale ottica, quindi, l'art. 934 c.c. sembrerebbe cristallizzare, in via generale, il fenomeno dell’“*accessio*”, laddove gli artt. 935-937 c.c. farebbero riferimento alla specifica ipotesi dell’“*accedere*”⁴¹⁸. Nella fattispecie contemplata dalla prima normativa richiamata, il *dominus soli* acquisterebbe, a seguito della congiunzione o unione di una o più cose, la proprietà dei materiali o delle sostanze che compongono la piantagione, la costruzione o comunque l'opera, al contempo però non arrecando alcun sacrificio in capo ad altro soggetto (l'originario titolare), essendo le cose unite o

⁴¹⁷ In realtà, come è stato osservato (G. BRANCA, *op. cit.*, p. 266), accessione in senso stretto sarebbe esclusivamente quella fattispecie acquisitiva riguardante l'unione di cose mobili ad immobili (c.d. accessione verticale), essendo le diverse fattispecie dell'unione tra cose mobili e tra cose immobili disciplinate separatamente rispettivamente agli artt. 939 (unione e commistione) e 940 c.c. (specificazione) ed agli artt. 941 ss. c.c. (c.d. accessioni fluviali). Secondo l'a., soltanto ai fini puramente didattici, “sembra ancora utile parlare di accessione nel senso più lato e ricomprendere nell'istituto sia le cosiddette accessioni di mobili a immobili e di mobili a mobili sia le cosiddette accessioni di immobili a immobili (incrementi fluviali)”.

⁴¹⁸ Cfr. G. BRANCA, *op. cit.*, p. 267, secondo cui “occorre subito osservare che l'accento alle sole piantagioni, costruzioni ed opere non deve indurre a ritenere che il principio valga per le sole opere dell'uomo: a parte il fatto che piantagione è anche quella sorta senza attività umana (ad es. il seme o la piantina hanno messo radici perché trasportate dal vento), la legge si è limitata a quei tre casi sia perché sono i più frequenti, sia perché – e non mi sembra che la dottrina lo abbia sufficientemente rilevato – vi si tratta sempre di cose *incorporate* al suolo”. Secondo l'a., infatti, occorre “fare due ipotesi, a seconda che la cosa incorporata all'immobile a) fosse *nullius* o b) appartenesse a qualcuno”.

congiunte *nullius* o *derelictae*⁴¹⁹; viceversa, in quelle richiamate dal secondo gruppo di norme, il *dominus soli* acquisterebbe la titolarità, sempre a seguito della congiunzione od unione di una o più cose, dei materiali o delle sostanze che compongono l'opera, la costruzione o piantagione, al contempo però arrecando un sacrificio in capo ad altro soggetto: l'originario titolare, infatti, perderebbe la proprietà dei materiali o sostanze interessate dall'unione o congiunzione⁴²⁰.

In realtà, pur essendo la congiunzione o unione di una o più cose di indubbia rilevanza ai fini del fenomeno acquisitivo in esame, allo stesso tempo non potrebbe attribuirsi minore importanza all'esistenza di una situazione soggettiva dominicale sul suolo interessato dall'accessione: l'unione o congiunzione di per sé sarebbe inidonea a causare l'effetto acquisitivo del dominio a titolo originario, in quanto soltanto laddove essa sia accompagnata dall'esistenza di una situazione giuridica dominicale esistente al tempo dell'incorporazione, l'acquisto per accessione potrà dirsi avverato⁴²¹.

In altri termini, l'accessione sembrerebbe presupporre la coesistenza dell'evento materiale della congiunzione o unione, nonché dell'esistenza della predetta situazione dominicale sul suolo.

419 Cfr. G. BRANCA, *op. cit.*, p. 267, il quale, facendo espresso riferimento alle *res nullius* rileva che “appena si uniscono al mio terreno, cessano di essere cose di nessuno e io li acquisto per accessione in quanto sono divenute tutt'uno col suolo (art. 934 cit.)”. Secondo l'a., “se invece le piante non vi mettono radici o i paletti non vi si conficcano o un blocco di marmo da te derelitto rotola e si adagia nel mio fondo, essi restano *nullius* poiché manca l'incorporazione...: e un terzo può appropriarsene per occupazione (art. 923, 2° comma c.c.)”. Inoltre, come si avrà modo di osservare anche in seguito, le ipotesi di congiunzioni od unioni di cose già appartenenti al titolare *dominus soli* non sarebbe corretto qualificarle come acquisti per accessione, in quanto si tratterebbe di acquisto in virtù del principio dell'estensione verticale della proprietà: cfr. G. GORLA, *op. cit.*, p. 146, che, alludendo alla forza attrattiva della proprietà ovvero alla “*vi ac potestate rei suae*” ed al contempo ritenendo la stessa indipendente e differente rispetto al fenomeno dell'accessione, osserva come “di acquisto del dominio si può parlare solo rispetto ai materiali congiunti al fondo e formanti l'edificio o altra opera, non rispetto all'edificio o alla nuova opera che ne risulta, perché questi si identificano, si immedesimano col fondo, il quale è concepito come unità: altrimenti si dovrebbe dire che anche il proprietario del fondo che edifica con materiali propri *acquista* la proprietà dell'edificio, mentre invece egli non fa che trarre nuove utilità dal proprio fondo”. Secondo l'a., se “il *dominus fundi* edifica con materiali altrui, si potrà parlare di acquisto di proprietà, ma solo rispetto ai materiali come cose a sé, non rispetto all'edificio in quanto *pars fundi*”; pertanto, secondo l'a., seppur in riferimento all'abrogato codice civile, la fattispecie di cui all'art. 448 c.c. (riguardante il diritto di accessione relativamente alle cose immobili) “non configura quindi un modo d'acquisto del dominio per unione di cose”. L'accessione, infatti, presupporrebbe in sé che la congiunzione o unione abbia ad oggetto materiali o sostanze che siano almeno *res nullius* o *derelictae* o, comunque, di titolarità di terze persone, in quanto soltanto in siffatte ipotesi sarebbe possibile scorgere la *ratio* ispiratrice del meccanismo acquisitivo dell'accessione nel senso della regolamentazione di un conflitto di interessi economici tra differenti titolari delle cose interessate dalla congiunzione o unione.

⁴²⁰ In tal caso, la *ratio* sottostante alla disciplina dell'accessione sarebbe evidente: evitare l'evento dannoso della separazione, al contempo inibendo la possibilità che si venga a costituire uno stato di comunione (cfr. G. GORLA, *op. cit.*, p. 118 e *passim*, il quale allude ad una ragione economica); dirimere i contrapposti interessi inibendo all'originario proprietario il potere di rivendicare la titolarità delle cose interessate dalla congiunzione o unione.

⁴²¹ Siffatta percezione si ebbe già sotto l'abrogato codice civile, laddove è stato osservato (G. GORLA, *op. cit.*, p. 158) che nell'accessione la proprietà preesistente era semplicemente il titolo, la condizione legittimante dell'acquisto, e non causa dello stesso, in quanto quest'ultima poteva ora identificarsi nella fruttificazione ed ora nella congiunzione o unione tra cose.

Orbene, concentrando l'attenzione sugli elementi costitutivi della fattispecie acquisitiva dell'accessione, così come attualmente contemplata dal legislatore (artt. 934 ss. c.c.), sembrerebbe corretto scorgere nella stessa un'ipotesi di fattispecie complessa⁴²², richiedendo la stessa, ai fini della produzione dell'effetto acquisitivo del dominio a titolo originario, sia il fatto della congiunzione o unione che quello dell'esistenza di una situazione dominicale sul suolo interessato. La fattispecie acquisitiva dell'accessione, insomma, sembrerebbe presupporre l'esistenza della piantagione, costruzione od opera sopra o sotto un suolo, nonché al contempo la situazione soggettiva di proprietario su quest'ultimo⁴²³.

Volendo mettere in relazione quanto dianzi rilevato all'addizione eseguita da un comunista su bene in comune con altri, allora, dovrebbe concludersi nel senso che l'accessione trovi applicazione anche nel campo delle addizioni compiute da un solo comunista sul bene comune, in quanto vi è unione o congiunzione dei materiali altrui (*i.e.* del comunista costruttore) a quest'ultimo, ovvero che i partecipanti non costruttori siano comproprietari della medesima.

3.1 L'effetto legale: l'acquisto della comproprietà a titolo originario.

Si è soliti affermare che l'evento materiale dell'incorporazione al suolo sia la causa dell'effetto legale acquisitivo della proprietà sulle addizioni al suolo, in quanto è ormai principio largamente condiviso quello di qualificare il predetto evento materiale come fatto giuridico in senso stretto⁴²⁴.

⁴²² Sulla tradizionale dicotomia tra fattispecie semplice e complessa cfr., per tutti, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 103, il quale osserva che “in relazione all'evento, il fatto, che la norma prevede e rende causativo, assume il nome tecnico di fattispecie, e, secondo che un solo fatto basti per la produzione dell'evento o ne occorran più, la fattispecie è detta semplice o complessa”.

⁴²³ Anche sotto il codice civile vigente è stato osservato (M. PARADISO, *op. cit.*, p. 47 ss.) che il fatto materiale dell'incorporazione si identificherebbe con la causa dell'acquisto, ravvisandosi nella proprietà del suolo il titolo soltanto preferenziale dell'acquisto medesimo. Secondo il citato a., si comprenderebbe, in tal modo, «l'utilità concreta della distinzione tra proprietà del suolo, come mero *titolo* per l'acquisto, e incorporazione: sarà quest'ultima ad assumere il ruolo di *causa*, come quella che, modificando la realtà di fatto, importa comunque una ‘necessaria’ modificazione sul piano giuridico. Viceversa, la prima costituirà solo *titolo (preferenziale)* per una attribuzione la cui opportunità rimane subordinata alla valutazione degli interessi sottostanti e, pertanto, alla concreta mancanza di *titoli poziori* che attribuiscano ad altri la proprietà delle addizioni».

⁴²⁴ Cfr., per tutti, L. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, Milano, 1952, p. 327, il quale osserva che “la ragione che se ne adduce è che non si tratta qui di un acquisto dovuto a negozio giuridico: la medesima ragione che esclude per l'acquisto dovuto ad accessione la necessità di una capacità d'agire”.

Le conseguenze, sul piano giuridico, dell'acquisto del dominio si riconnettono, in tale ottica, all'oggettivo e materiale accadimento dell'incorporazione al suolo, restando prive di rilievo altre peculiarità della causa: "gli effetti giuridici, cioè, prescindono dalla circostanza che l'accadimento sia dovuto a forze della natura o all'intervento dell'uomo – rimanendo identici nelle due ipotesi – e, comunque, dalla circostanza che l'(eventuale) azione umana sia assistita da coscienza e volontà ovvero compiuta in stato di totale incapacità di intendere e di volere"⁴²⁵. Tenzialmente, insomma, l'accessione viene qualificata come modalità di acquisto della proprietà connessa all'accadimento del puro fatto materiale ed obiettivo dell'incorporazione, essendo per la stessa irrilevanti gli stati soggettivi ovvero la consapevolezza e la volontà dell'autore del fatto⁴²⁶.

Pertanto, l'evento causale dell'effetto acquisitivo del dominio viene percepito in modo onnicomprensivo e più elastico possibile, in quanto "occorre subito osservare che l'accento alle sole piantagioni, costruzioni ed opere non deve indurre a ritenere che il principio valga per le sole opere dell'uomo"⁴²⁷, essendosi la legge limitata a fare riferimento soltanto ai predetti tre casi sia perché sarebbero i più frequenti e sia perché si tratterebbe sempre di cose incorporate al suolo che necessariamente apparterrebbero al *dominus soli*⁴²⁸.

In altri termini, diffuso convincimento è quello che un qualsiasi fatto materiale ed oggettivo dell'incorporazione di cosa mobile ad immobile, sia esso naturale e/o artificiale, sarebbe causa dell'effetto legale acquisitivo della proprietà⁴²⁹. In tale ottica, il presupposto del fatto materiale ed

⁴²⁵ V. M. PARADISO, *op. cit.*, p. 41. Secondo l'a., ciò che rileva "non è l'azione – come comportamento o operazione dell'uomo – né le relative caratterizzazioni alla stregua dei suoi stati soggettivi – di buona e mala fede, di consapevolezza e libertà di determinazione (come, del resto, non rileva l'eventuale intento di realizzare un effetto o risultato pratico...-, quanto l'evento nella sua pura materialità fenomenica".

⁴²⁶ Cfr., ancora, L. BARASSI, *op. cit.*, p. 327, secondo cui "il diritto comune e la maggior parte delle legislazioni più recenti si limitano a presupporre il fatto oggettivo di una incorporazione, senza distinguere circa le circostanze che l'hanno determinata: che cioè...sia avvenuta naturalmente o per fatto dell'uomo". Secondo l'a., in quest'ultimo caso, non interessa "che l'autore dell'unione fosse in buona o in mala fede circa la non appartenenza a lui di una o di tutte due le cose, quindi sul diritto di incorporazione".

⁴²⁷ Così, G. BRANCA, *op. cit.*, p. 267, il quale osserva che "piantagione è anche quella sorta senza attività umana (ad es. il seme o la piantina hanno messo radici perché trasportate dal vento)".

⁴²⁸ V., sempre, G. BRANCA, *op. loc. cit.*

⁴²⁹ In dottrina ed in giurisprudenza viene indistintamente fatto largo uso ora della locuzione "incorporazione" ed ora del concetto di "unione" o "congiunzione". In ogni caso, denominatore comune alla dottrina (F. DE MARTINO, in F. DE MARTINO-R. RESTA-G. PUGLIESE, *Della proprietà*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1962, p. 435; A. MONTEL, voce *Accessione (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, I, 1, Torino, 1957, p. 133; G. BRANCA, *op. cit.*, p. 266, che fa ricorso anche alla locuzione «aggiunzione» per contraddistinguerla da quella di

oggettivo causale dell'acquisto per accessione dovrebbe tendenzialmente scorgersi nell'evento materiale dell'incorporazione, in quanto soltanto quest'ultimo sarebbe dotato di quelle peculiarità idonee a conferire al medesimo una stabilità ed inseparabilità necessarie ai fini della produzione dell'effetto legale acquisitivo del dominio⁴³⁰.

Precisamente, è stato affermato che presupposto necessario, affinché il fatto materiale ed obiettivo sia idoneo a causare l'acquisto per accessione, sia quello di riconoscere una tale forza acquisitiva soltanto a quelle addizioni che al contempo presentino i caratteri di vere e proprie immobilizzazioni al suolo e che, quindi, abbiano i caratteri della stabilità ed inseparabilità⁴³¹. Immediato corollario di siffatta convinzione risulterebbe che una immobilizzazione instabile o, comunque, destinata ad essere rimossa con facilità, sarebbe inidonea a cagionare l'acquisto legale per accessione⁴³².

In sintesi, l'acquisto per accessione sembrerebbe presupporre una incorporazione al suolo materiale ed obiettiva che abbia anche i caratteri della stabilità ed inseparabilità⁴³³.

“adesione”; A. TABET-E. OTTOLENGHI-G. SCALITI, *L'accessione*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da W. Bigiavi, *La proprietà*, Torino, 1981, p. 852; M. PARADISO, *op. cit.*, p. 32 ss.; E. GUERINONI, *Accessione, unione e commistione, specificazione*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro e U. Morello, I, *Proprietà e possesso*, 2008, Milano, p. 768; E. LA ROSA, in R. TOMMASINI e E. LA ROSA *I modi di acquisto della proprietà*, nel *Commentario Schlesinger*, Milano, 2017, p. 283 ss.) è quello di escludere l'accessione nel caso in cui una cosa mobile si trovi, sopra o sotto il suolo altrui, immobilizzata con mezzi artificiali ma non strutturali, evidenziando che è necessario, affinché si possa parlare di accessione, che l'incorporazione sia stabile e non predisposta per essere annullata con facilità. Secondo la giurisprudenza (cfr. per tutte Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.) il carattere dell'accessione si rinviene «nel fatto che l'acquisto della proprietà è legato al solo fatto materiale ed obiettivo dell'incorporazione (c.d. “attrazione reale”), da intendersi come “unione stabile” di una cosa con un'altra», acquistandosi la proprietà “*ipso iure* al momento dell'incorporazione”. Forse più corretto, come si evidenzierà anche di seguito, sembrerebbe utilizzare la locuzione “congiunzione”, essendo l'accessione modalità di acquisto della proprietà differente dalla fattispecie dell'immobilizzazione (art. 812 c.c.), nonché dall'unione e commistione (art. 939 c.c.) e specificazione (art. 940 c.c.). In questo senso, v. F. SALARIS, *Proprietà*, nel *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 7, I, Torino, 1982, p. 648 e R. TRIOLA, *Della proprietà, Artt. 869-1099*, nel *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli ed a cura di A. Jannarelli e F. Macario, Torino, p. 372.

⁴³⁰ Per tale impostazione, v. L. BARASSI, *op. cit.*, p. 326 ss., secondo cui “perché accessione vi sia bisogna che si sia formata una unione o incorporazione”.

⁴³¹ V., sempre, L. BARASSI, *op. loc. cit.*, secondo cui, di regola, “l'incorporazione è materiale infissione nel suolo: con essa le costruzioni e le piantagioni, diventano parte del fondo, formano un tutt'uno inseparabile con esso” perciò “gli alberi sono immobili finché non vengano atterrati” e tali sarebbero anche “le fabbriche che si radicano al suolo, i mulini o bagni galleggianti saldamente ancorati alla riva”. L'a., infatti, conclude che “come sappiamo...il carattere permanente di questo collegamento lo colloca sul medesimo piano di una incorporazione materiale”.

⁴³² In tale ottica, ne consegue (L. BARASSI, *op. cit.*, p. 328) «che gli edifici provvisori per una esposizione non hanno tale carattere, e tanto meno un'edicola di legno appoggiata saldamente al suolo: è anche questa ‘aderenza’, ma non infissione...e non vi è quindi accessione».

⁴³³ È stato osservato (L. BARASSI, *op. cit.*, p. 328 ss.) che l'incorporazione debba avere carattere di stabilità, nel senso che “occorre pure, perché la situazione creata dalla incorporazione si possa ritenere tale da preoccupare il legislatore, che l'unione sia veramente destinata a durare”. Secondo l'a., per l'unione “posticcia o provvisoria difficoltà pratiche non vi sono”. Inoltre, “non basta la stabilità (che è solo non temporaneità quanto allo scopo): occorre pure

In realtà, tuttavia, una ponderata lettura della disciplina sull'accessione potrebbe suggerire che i predetti caratteri della stabilità e della inseparabilità non siano necessari ai fini dell'acquisto del dominio⁴³⁴. In particolare, in assenza di una diversa previsione di legge o di apposita convenzione che derogino al predetto principio acquisitivo, l'accessione, quale fattispecie complessa rappresentativa dell'antico principio "*superficies solo cedit*", sembrerebbe presupporre, da un lato, la semplice congiunzione di cosa mobile a immobile e, al contempo, dall'altro, un collegamento della prima (cosa mobile) con la situazione dominicale esistente sulla seconda (cosa immobile) al momento in cui si verifica l'evento materiale. La normativa richiamata, insomma, non sembrerebbe attribuire rilevanza alcuna ai caratteri della stabilità ed inseparabilità dell'incorporazione. Anzi, il legislatore, servendosi del concetto di esistenza, sembrerebbe, al contrario, concepire l'accessione come fenomeno acquisitivo ad ampio raggio di azione, includendovi, oltre alla stabile ed inseparabile incorporazione, anche la semplice adesione e aderenza al suolo⁴³⁵.

Siffatta impostazione, del resto, sembrerebbe ricevere conforto positivo, oltre che dalle norme dettate in materia di accessione, anche nel contesto di una interpretazione sistematica della disciplina codicistica.

Precisamente, per l'ordinamento giuridico l'evento di una stabile ed inseparabile incorporazione avrebbe rilevanza esclusivamente ai fini della diversa disciplina delle immobilizzazioni (art. 812 c.c.) e della estensione verticale della proprietà fondiaria (art. 840 c.c.),

l'inseparabilità conseguente all'incorporazione", in quanto "una espressione del collegamento percepibile e duraturo è la non separabilità della cosa da quella a cui l'accessione è per tal modo avvenuta" e precisamente «l'inseparabilità è un indice del carattere giuridico ormai assunto di parte integrante mediante incorporazione da una determinata cosa (che se incorporata stabilmente e inseparabilmente cessa di essere 'cosa' in senso autonomo)». Pertanto, si conclude che "allora solamente vi è quell'unione o incorporazione che ha per effetto giuridicamente l'accessione".

⁴³⁴ La normativa di riferimento (art. 934 c.c.) fa luogo esclusivamente al concetto di esistenza e non a quello ben più pregnante di incorporazione ed immobilizzazione: "qualunque piantagione, costruzione od opera esistente sopra o sotto il suolo appartiene al proprietario di questo".

⁴³⁵ In senso parzialmente difforme cfr., per tutti, M. PARADISO, *op. cit.*, p. 34, secondo cui "l'unico profilo affidante sia quello – del resto tradizionale – che fa leva sul carattere stabile o permanente dell'incorporazione: essa deve essere tale cioè che la rimozione del manufatto non sia agevole né immediata, comportando una (almeno parziale) demolizione di quanto realizzato o comunque una alterazione dello stato della cosa". Secondo l'a., però, "siffatta identificazione tra incorporazione e inseparabilità delle addizioni si rivela apodittica, apparendo smentita dalla loro diversità quanto al concetto e agli effetti, la prima attinendo al profilo dell'acquisto della proprietà, la seconda riguardando piuttosto il diverso profilo della tutela – reale o creditoria – dei terzi, proprietari dei materiali".

ma non anche di quella dettata in materia di accessione⁴³⁶. In altri termini, “se il *dominus fundi* edifica con materiali altrui, si potrà parlare di acquisto di proprietà, ma solo rispetto ai materiali come cosa a sé, non rispetto all’edificio in quanto *pars fundi*”⁴³⁷.

Alla luce di siffatte riflessioni, quindi, la fattispecie astratta cristallizzata dagli artt. 812 e 840 c.c. sarebbe differente da quella dell’accessione: la prima sembrerebbe porre l’accento sul fenomeno dell’incremento oggettivo del diritto di proprietà preesistente quale espressione dell’antico principio della forza attraente del dominio (c.d. “*vi ac potestate rei nostrae*”), laddove la seconda si soffermerebbe sull’acquisto di un nuovo diritto⁴³⁸.

Ancora, siffatta impostazione sembrerebbe avere riscontro positivo anche sul piano della *ratio* sottesa alla disciplina dell’accessione, laddove il legislatore, attraverso il meccanismo acquisitivo dell’accessione, non avrebbe tanto inteso disciplinare la sorte delle immobilizzazioni su suolo, quanto piuttosto dirimere la potenziale controversia che potesse sorgere tra proprietario del suolo e titolare dei materiali congiunti con lo stesso, a prescindere dal carattere di stabilità ed inseparabilità degli stessi. In assenza di specifica disciplina (artt. 934 ss. c.c.), nonché di apposita convenzione, nelle fattispecie concrete di congiunzione o incorporazione al suolo di materiali altrui o comunque privi di titolare (*res nullius* o *res derelictae*), l’*id quoad plerumque accidit* e le fonti romane ci hanno da sempre segnalato l’esistenza di un potenziale conflitto di interessi tra *dominus soli* ed il titolare dei materiali interessati dall’evento della congiunzione. Il primo avrebbe ragione di accampare la titolarità parziale o intera dell’opera o costruzione esistente sul suolo di sua titolarità, laddove il

⁴³⁶ Cfr. G. GORLA, *op. cit.*, p. 119, il quale, già sotto il codice abrogato, significativamente osservava che non doveva confondersi il fenomeno dell’immobilizzazione con quello dell’acquisto per accessione. Secondo l’a., infatti, “a voler essere esatti, gli immobili per incorporazione e per destinazione sono davvero – se si escludono i casi di *instrumenta fundi* – per la maggior parte, più che pertinenze od accessori, delle *partes fundi*...ma, ripeto, l’acquisto di proprietà per accessione non è conseguenza dell’essere divenuta una cosa *pars* di un’altra e propriamente, nel nostro caso, dell’essere essa immobilizzata”, in quanto “si tratta di due fatti giuridici distinti con particolari requisiti”. Ancora (*ivi*, p. 146), “è da osservare però che di acquisto del dominio si può parlare solo rispetto ai materiali congiunti al fondo e formanti l’edificio o altra opera, non rispetto all’edificio o alla nuova opera che ne risulta, perché questi si identificano, si immedesimano col fondo, il quale è concepito come unità...: altrimenti si dovrebbe dire che anche il proprietario del fondo che edifica con materiali propri *acquista* la proprietà dell’edificio, mentre invece egli non fa che trarre nuove utilità dal proprio fondo”.

⁴³⁷ Così, G. GORLA, *op. cit.*, p. 147.

⁴³⁸ Sembra cogliere nel segno chi (L. BARASSI, *op. cit.*, p. 320) non esitava a rilevare che “in realtà l’accessione ci si presenta sotto due aspetti: 1° di un incremento oggettivo dei diritti reali preesistenti; 2° in qualche caso come un modo d’acquisto di nuovi diritti reali”.

secondo sarebbe stato interessato a rivendicare la titolarità di parte o tutti dei materiali impiegati o comunque a divenire comproprietario con il *dominus soli* dell'opera o costruzione⁴³⁹.

Sempre restando fedeli a tale ultima prospettiva, essendo la *ratio* del meccanismo acquisitivo dell'accessione di natura prevalentemente economica, sembrerebbe, allora, essere più consona al dettato normativo una nozione di accessione che ricomprenda anche quelle congiunzioni materiali al suolo prive dei caratteri di stabilità ed inseparabilità⁴⁴⁰. In altri termini, al pari delle opere incorporate al suolo, anche le addizioni prive del predetto carattere sarebbero suscettibili di acquisto per accessione in capo al *dominus soli*: la tenda da circo, il masso di pietra, l'edificio provvisorio, l'edicola di legno ecc., quindi, ogni materiale "esistente sopra o sotto il suolo"⁴⁴¹, in assenza di diversa disposizione di legge nonché di apposita convenzione, a prescindere dalla sussistenza del carattere di stabilità e inseparabilità, diverrebbero di titolarità del *dominus soli*.

La scelta dell'ordinamento sarebbe stata nel senso di regolamentare il predetto conflitto di interessi attribuendo (*ex lege*) al *dominus soli* la proprietà dei materiali impiegati e dell'edificio provvisorio, riconoscendo in capo all'originario titolare, a seconda dei casi, ora un diritto a ricevere il controvalore dei materiali e/o della mano d'opera impiegati, oppure, in alternativa, sempre se sussistono i presupposti, la separazione dei medesimi materiali ed ora una indennità, salvo in ogni caso il risarcimento dei danni (arg. artt. 935 ss. c.c.).

Del resto, siffatta impostazione non sembrerebbe essere smentita dalla lettera della normativa nella parte in cui fa riferimento al concetto di incorporazione (art. 935, 2° co., c.c.; art. 936, 5° co., c.c. ed art. 937, 2° co., c.c.)⁴⁴².

⁴³⁹ Sul punto, cfr., sempre, G. GORLA, *op. cit.*, p. 108, il quale ha magistralmente rappresentato che «non si vuole il condominio, non perché il '*accessorium sequitur principale*' sia assoluto e inderogabile, ma per il principio economico, cui si attiene volentieri il nostro legislatore, di evitare la comunione, '*mater rixarum*'».

⁴⁴⁰ Seppur in senso dubitativo, è stato osservato (L. BARASSI, *op. loc. cit.*) che "in alcuni casi la cosa che costituisce l'incremento non forma un tutt'uno colla cosa principale, non si incorpora con essa, e cioè conserva la sua autonoma fisionomia". Secondo l'a., anche in siffatta ipotesi, "il proprietario della cosa principale acquista la proprietà pure dell'accessione autonoma fisicamente".

⁴⁴¹ Cfr. art. 934 c.c.

⁴⁴² In dottrina, si è soliti affermare (A. TABET-E. OTTOLENGHI-G. SCALITI, *op. cit.*, p. 852) che il requisito della stabilità dell'incorporazione, pur non essendo espressamente enunciato dalla normativa, si evincerebbe "dalla sua stessa *ratio* e dalle disposizioni contenute negli articoli seguenti, in specie dall'art. 935, 2° comma, che denomina *incorporazione* il fenomeno disciplinato".

Nelle fattispecie normative da ultimo richiamate, l'accessione non muterebbe la natura giuridica di fattispecie complessa in cui elemento essenziale sia la semplice esistenza della cosa mobile su immobile al contempo collegata con la situazione dominicale sulla prima: verificatasi l'incorporazione, vi è un conflitto di interessi tra il *dominus soli* ed il proprietario dei materiali impiegati che viene risolto dal legislatore o con il decorso del termine semestrale, oppure con una manifestazione di volontà nel senso della separazione o rimozione dei materiali, nonché della ritenzione degli stessi⁴⁴³.

Quanto al requisito dell'inseparabilità delle addizioni, come è stato osservato⁴⁴⁴, il legislatore sembrerebbe ritenere irrilevante l'estremo della separabilità o meno delle stesse rispetto al suolo al quale accedono. In tale ottica, precisamente, è stato condivisibilmente osservato che nell'accessione il profilo dell'acquisto del dominio andrebbe nettamente distinto da quello dei rapporti interni tra titolare dei materiali impiegati e *dominus soli*⁴⁴⁵.

In altri termini, ad una attenta lettura della normativa richiamata, l'inseparabilità non sarebbe presupposto indefettibile dell'acquisto per accessione, in quanto l'acquisto avverrebbe anche nell'ipotesi di separabilità dei materiali⁴⁴⁶: pur potendosi in astratto configurare una separazione dei materiali impiegati, la stessa potrebbe non essere richiesta dall'interessato⁴⁴⁷ o, comunque, potrebbe

⁴⁴³ Secondo l'impostazione più accreditata (C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, cit., p. 253 ss.), l'acquisto per accessione può dirsi prodotto automaticamente (*ex lege*) soltanto una volta che l'incorporazione possa dirsi stabile, cioè non possa più essere richiesta la separazione o la rimozione dei materiali. Secondo l'a., quindi, con l'incorporazione il proprietario dei materiali impiegati non perde immediatamente la titolarità degli stessi, in quanto "quest'idea spiega coerentemente il diritto del proprietario di ordinare la rimozione delle cose che non gli appartengono o, senz'altro, di provvedere alla loro restituzione". Occorre però segnalare che secondo altra opinione (F. DE MARTINO, *op. cit.*, p. 436 ss.), il momento dell'acquisto della proprietà dei materiali da parte del proprietario del fondo è quello dell'atto stesso dell'incorporazione. Secondo tale impostazione, quindi, cessata la congiunzione per qualsiasi causa risorge il diritto di colui al quale i materiali appartenevano, avendosi un caso di "proprietà revocabile nei confronti del proprietario del suolo, mentre nei confronti del proprietario dei materiali la categoria più appropriata è quella della proprietà quiescente". In altri termini, è stato rilevato (C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 254), si avrebbe una doppia vicenda traslativa.

⁴⁴⁴ Cfr. M. PARADISO, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁴⁵ Cfr. M. PARADISO, *op. cit.*, p. 35, secondo cui «più complessa appare la precisazione dell'estremo di "inseparabilità" delle opere, che parte della dottrina tende a identificare col requisito della stabile incorporazione e che condiziona piuttosto, alla stregua del resto dell'espresso tenore della disciplina positiva, il diritto del proprietario dei materiali alla relativa restituzione (cfr. artt. 935 e 937 c.c.)».

⁴⁴⁶ In tale senso, v. C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 244.

⁴⁴⁷ Cfr. M. PARADISO, *op. cit.*, p. 40, il quale osserva che «non va trascurato che il recupero in natura di materiali ormai 'usati', in quanto utilizzati da altri nelle proprie costruzioni, non risponde ad alcun effettivo interesse del proprietario che può infatti rifiutare, per giudizio sicuro della dottrina, la restituzione di essi eventualmente offerta dal *dominus soli*».

eseguirsi arrecando soltanto grave danno all'opera costruita. Ad ogni modo, in ambo i casi, la soluzione del legislatore è nel senso dell'operatività dell'acquisto per accessione dei materiali impiegati in favore del *dominus soli* e, al contempo, laddove la separazione non si possa non si voglia ottenere, nell'attribuzione all'originario titolare del diritto a ricevere un'indennità (arg. artt. 935 ss. c.c.)⁴⁴⁸.

In conclusione, sul punto, l'incorporazione o la congiunzione materiale di una o più cose ad un'altra, a prescindere dal carattere separabile o meno della stessa⁴⁴⁹, sarebbe il fulcro centrale del meccanismo acquisitivo che, accompagnato dal titolo dominicale, consente l'acquisto per accessione del complesso dei materiali e/o della forza lavoro impiegati per la realizzazione dell'addizione. E, in effetti, potrebbe discorrersi di stabilità dell'incorporazione o della congiunzione soltanto in termini giuridici: la stabilità, come già dianzi rilevato, non dipenderebbe dalle caratteristiche dell'addizione, bensì dall'impossibilità di esercitare sul piano giuridico il diritto alla separazione o alla rimozione di quest'ultima (arg. artt. 935 ss. c.c.)⁴⁵⁰.

A ben vedere, quindi, non vi è alcun dubbio che, attribuendosi alla situazione dominicale esistente sulla cosa interessata dall'incorporazione la valenza di elemento necessario ai fini della produzione dell'effetto legale acquisitivo, anche la comproprietà sia titolo idoneo a giustificare l'acquisto per accessione dell'addizione *pro quota* in favore della generalità dei comunisti, potendosi, tra l'altro, con maggiore facilità individuare i soggetti legittimati ad optare per la ritenzione o rimozione dell'addizione ovvero separazione dei materiali impiegati.

⁴⁴⁸ Sul punto, cfr. M. PARADISO, *op. cit.*, p. 38, il quale non esita ad osservare che «avuto riguardo alle funzioni che la legge assegna alle norme in esame, è da ritenere che il corretto criterio nella specie debba fare riferimento al concetto di *separabilità economica*, anche qui comparando gli interessi sostanziali in conflitto, e cioè il danno-conseguenza che subirebbe il *dominus soli* – piuttosto che il ‘danno evento’ arrecato alle “opere costruite” – e il pregiudizio del proprietario dei materiali».

⁴⁴⁹ Secondo l'impostazione più accreditata (M. PARADISO, *op. cit.*, p. 35, nota 41) il profilo dell'inseparabilità non potrebbe essere identificato con quello di incorporazione.

⁴⁵⁰ Sul punto, v. L. BARASSI, *op. ult. cit.*, p. 333, il quale non esita a rilevare che si ha stabile incorporazione “quando siano escluse la separazione o la reclamabilità”.

4. L'irrilevanza dell'alterità soggettiva tra *dominus soli* e autore dell'incorporazione ai fini dell'operatività dell'accessione.

Secondo l'impostazione della dottrina e della giurisprudenza prevalenti, come dianzi rilevato, nelle ipotesi di addizioni eseguite da un condomino su bene comune non opererebbe il meccanismo acquisitivo dell'accessione (artt. 934 c.c.) per difetto di terzietà tra comunisti, essendo l'alterità soggettiva (*i.e.* la terzietà) tra *dominus soli* e costruttore presupposto indefettibile dell'istituto⁴⁵¹.

In particolare, essendo il comunista autore dell'addizione comproprietario *pro quota* del suolo interessato dall'addizione, allora, in tale prospettiva, si giungeva alla conclusione nel senso dell'inoperatività dell'accessione per difetto di alterità soggettiva tra *dominus soli* e costruttore⁴⁵².

A ben vedere, tuttavia, un'interpretazione fedele alla lettera dell'art. 934 c.c. – che detta il principio generale in materia di accessione – sembrerebbe condurre a differenti conclusioni: la normativa, non contenendo alcun riferimento soggettivo al costruttore, pare prescindere del tutto dalla persona del costruttore⁴⁵³.

Secondo l'impostazione più accreditata, in effetti, l'acquisto della proprietà per accessione è legato al solo fatto materiale ed obiettivo dell'incorporazione (c.d. fatto giuridico in senso stretto), ovvero alla titolarità del bene interessato da quest'ultima, non rilevando la volontà dell'uomo e/o qualità soggettive di quest'ultimo⁴⁵⁴. Una nozione di accessione, quindi, che non esclude l'acquisto neppure nel caso di costruzioni realizzate dallo stesso proprietario del suolo e, quindi, vi sia coincidenza tra costruttore e *dominus soli* (art. 935 c.c.)⁴⁵⁵.

Del resto, non a caso, l'interpretazione sistematica della normativa dettata in materia di accessione (artt. 936 e 937 c.c.) confermerebbe siffatta impostazione, in quanto le fattispecie di

⁴⁵¹ Cfr. *supra*, cap. II, par. 2.

⁴⁵² Cfr. *supra*, cap. II, par. 2.

⁴⁵³ V. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.

⁴⁵⁴ V., ancora, Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.

⁴⁵⁵ V., sempre, Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.

accessione relative al caso in cui il costruttore sia un “terzo” rispetto ai proprietari del suolo risultano specificamente regolate dagli artt. 936 e 937 c.c.⁴⁵⁶

In conclusione, sul punto, l’alterità soggettiva tra costruttore e *dominus soli* non è da considerare elemento essenziale ai fini dell’operatività del meccanismo dell’accessione, nonché circostanza idonea a derogare al meccanismo acquisitivo della proprietà (art. 934 c.c.), essendo tutt’al più rilevante ai fini dell’applicabilità della disciplina integrativa di cui agli artt. 936 e 937 c.c.

Volendo mettere in relazione siffatte riflessioni con la questione della sorte l’opera eseguita da un comunista senza il consenso degli altri su bene comune, insomma, l’idea di escludere l’operatività dell’accessione per riunione nella medesima persona del comunista autore dell’addizione delle qualità di proprietario e costruttore non si presenterebbe in linea con gli elementi essenziali della disciplina dell’accessione.

Del resto, se è vero, come pare, che il comunista costruttore è soltanto *pro quota* comproprietario del suolo insieme agli altri, allora, neppure potrebbe parlarsi, in linea di principio, di identità soggettiva tra *dominus soli* e costruttore.

Nella prospettiva della disciplina di cui agli artt. 936 e 937 c.c., invece, l’alterità soggettiva sembrerebbe essere, seppur nei termini che verranno meglio precisati nel prosieguo, dirimente ai fini dell’applicabilità o meno della stessa. E, quindi, potendosi considerare il comunista come “terzo” ai sensi degli artt. 936 e 937 c.c., nell’ipotesi dell’addizione eseguita da uno solo di essi su bene comune gli interessi concreti da tutelare in occasione dell’accessione ben potrebbero trovare una specifica disciplina nelle disposizioni da ultimo richiamate⁴⁵⁷, i cui contenuti, allora, pare opportuno qui di seguito richiamare.

5. L’accessione compiuta dal terzo con materiali propri (art. 936 c.c.).

⁴⁵⁶ Conseguentemente, essendo le ipotesi in cui le opere siano state eseguite da un soggetto “terzo” rispetto al proprietario del suolo regolate dai richiamati artt. 936 e 937 c.c., va escluso che l’art. 934 c.c. possa riferirsi alle opere eseguite dal terzo: v. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.

⁴⁵⁷ In senso contrario all’operatività della disciplina di cui all’art. 936 c.c. per difetto di terzietà fra comunisti, v., invece, Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.

L'addizione può essere compiuta da un terzo con materiali propri. In tale circostanza, il *dominus soli* ha due possibilità: 1) acquistare la proprietà delle cose incorporate o 2) farle rimuovere (art. 936 c.c.)⁴⁵⁸.

In tal caso, quindi, la disciplina sulle accessioni eseguite dal terzo persegue la finalità di “evitare distruzioni di ricchezza e di tutelare il proprietario contro arricchimenti imposti”⁴⁵⁹. In particolare, secondo l'impostazione corrente, la posizione giuridica che viene in rilievo è quella del proprietario del suolo⁴⁶⁰. L'obiettivo del legislatore, infatti, risiede “nell'esigenza di tutelare la proprietà privata dall'illecita invadenza altrui nonché, allo stesso tempo, incentivare il proprietario a conservare le addizioni eseguite, indennizzando il costruttore proprietario dei materiali”⁴⁶¹.

La scelta compete al proprietario e, se il fondo è oggetto di comunione, ai comproprietari dello stesso⁴⁶². Essa esprime un atto di autonomia privata del *dominus soli* sia che decida di accettare l'accessione facendo propri i materiali sia che decida di opporvisi⁴⁶³. L'accettazione, tuttavia, non muta il modo di acquisto della proprietà che è rappresentato sempre dalla fattispecie dell'accessione⁴⁶⁴.

A seguito dell'opposizione del *dominus soli* il terzo è tenuto a rimuovere i materiali incorporati⁴⁶⁵. Se il terzo è in dolo o colpa, allora, il proprietario del suolo potrà pretendere anche il risarcimento del danno secondo la regola della responsabilità extracontrattuale⁴⁶⁶.

Infine, il proprietario del suolo non ha diritto alla rimozione dei materiali se l'incorporazione sia stata fatta “a sua scienza e senza opposizione” ovvero dal terzo in buona fede⁴⁶⁷. In dottrina, è

⁴⁵⁸ Sul punto, v. C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 251. In giurisprudenza, v. sempre Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.

⁴⁵⁹ Così, C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 252 ss.

⁴⁶⁰ V., per tutti, E. LA ROSA, *op. cit.*, p. 332.

⁴⁶¹ Così, E. LA ROSA, *op. loc. cit.*, la quale rileva che “per tale motivo viene riservato al *dominus soli* la facoltà di scegliere tra la ritenzione della cosa incorporata e la rimozione della stessa”.

⁴⁶² Sul punto, v. C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 251, il quale evidenzia che la scelta compete “alla maggioranza qualificata dei comproprietari”.

⁴⁶³ V. ancora C. M. BIANCA, *op. loc. cit.*

⁴⁶⁴ Così, C. M. BIANCA, *op. loc. cit.*, per il quale “occorre al riguardo tenere distinti l'effetto legale dell'accessione e l'atto di accettazione, volto all'anticipazione di quell'effetto”.

⁴⁶⁵ V. sempre C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 252, secondo cui “in mancanza può provvedere direttamente il proprietario del fondo a spese del terzo”.

⁴⁶⁶ Così, C. M. BIANCA, *op. loc. cit.* Nel senso che il terzo risponda oggettivamente, v. G. ALPA, *op. cit.*, p. 32.

⁴⁶⁷ V. ancora C. M. BIANCA, *op. loc. cit.*

diffuso il convincimento che si tratti di buona fede soggettiva, consistente nella non colposa ignoranza di ledere l'altrui diritto⁴⁶⁸. In giurisprudenza, peraltro, di recente sembrerebbe prevalere l'idea che trattasi di buona fede oggettiva, essendo i principi di tolleranza e di affidamento, nonché di buona fede, immanenti all'ordinamento giuridico ed all'intera disciplina del codice civile, e, tra l'altro, sottesi al disposto dell'art. 936, 4° co., c.c.⁴⁶⁹.

Secondo l'orientamento più accreditato, il *dominus soli* acquisterebbe la proprietà dei materiali al momento dell'incorporazione soltanto quando sia inutilmente decorso il termine di 6 mesi dalla notizia dell'incorporazione, ovvero il medesimo non abbia il diritto di far rimuovere i materiali⁴⁷⁰: *a contrario*, laddove il *dominus soli* abbia siffatto diritto, ovvero il predetto termine semestrale non sia ancora decorso, l'acquisto per accessione non potrà dirsi ancora avvenuto, non essendo l'incorporazione ancora stabile e definitiva⁴⁷¹.

L'acquisto della proprietà dei materiali comporta l'obbligo⁴⁷² di pagare un indennizzo nella misura del prezzo dei materiali e della forza lavoro impiegati per la realizzazione dell'incorporazione⁴⁷³, oppure, in alternativa, nella misura del maggiore valore arrecato al fondo.

La scelta tra l'una o l'altra misura compete al *dominus soli*⁴⁷⁴.

Infine, creditore dell'indennizzo è il terzo costruttore; debitore è il proprietario del fondo⁴⁷⁵.

6. L'accessione eseguita dal terzo con materiali altrui (art. 937 c.c.).

⁴⁶⁸ V. per tutti C. M. BIANCA, *op. loc. citt.*

⁴⁶⁹ In tale senso, v. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.

⁴⁷⁰ Sul punto, v. C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 253.

⁴⁷¹ Così, v. L. BARASSI, *op. ult. cit.*, p. 333.

⁴⁷² Secondo l'impostazione più accreditata (M. PARADISO, *op. cit.*, p. 245) si tratterebbe di un debito di valore.

⁴⁷³ V. C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 256, il quale rileva che «il “prezzo” della manodopera da rimborsare è la retribuzione corrisposta dal costruttore a chi ha eseguito la costruzione».

⁴⁷⁴ V. sempre C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 254.

⁴⁷⁵ Sul punto, v. per tutti C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 255, per il quale “per quanto attiene al momento al quale fare riferimento per la determinazione dell'indennizzo occorre aver riguardo al valore dei materiali al tempo del loro acquisto da parte del proprietario del fondo”. In senso parzialmente difforme, v. M. PARADISO, *op. cit.*, p. 248, il quale propone di aver riguardo non al momento del trasferimento del diritto ma al profilo del c.d. “acquisto in senso economico”.

Nell'ipotesi in cui l'incorporazione sia fatta da un terzo con materiali altrui, anzitutto, il codice riconosce il diritto di rivendicazione dei materiali al proprietario degli stessi, previa separazione a spese del terzo, sempreché la separazione non arrechi grave danno alle opere e al fondo⁴⁷⁶.

Il potere di rivendicazione, quindi, è soggetto a delle limitazioni: 1) deve essere tempestivamente esercitato entro 6 mesi dalla notizia dell'incorporazione, pena la decadenza⁴⁷⁷; 2) non deve cagionare grave danno alle opere e al fondo⁴⁷⁸.

Se i materiali sono inseparabili o se la rivendicazione non è stata tempestivamente esercitata, operando in favore del *dominus soli* il principio generale dell'accessione, il proprietario dei materiali ha diritto ad un indennizzo⁴⁷⁹.

La previsione normativa risulta il frutto di una sintesi delle fattispecie di cui agli artt. 935 e 936 c.c. A ben vedere, quindi, la disciplina in esame, nella prospettiva di una simile sintesi di fattispecie, tiene conto degli interessi coinvolti e, precisamente, della posizione soggettiva dei proprietari del suolo, dei materiali e del terzo costruttore. Per tali ragioni, l'art. 937, 1° co., c.c., coerentemente con quanto sancito dall'art. 935 c.c., riconosce al proprietario dei materiali il diritto di rivenderli, considerando, però, non solo il danno alle opere ma anche al fondo⁴⁸⁰. In tal modo, in effetti, il legislatore ha inteso assicurare massima protezione al proprietario dei materiali, ponendo altresì le spese della separazione a carico del terzo costruttore⁴⁸¹. La norma in esame, al contrario di

⁴⁷⁶ V. per tutti C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 259.

⁴⁷⁷ V. ancora C. M. BIANCA, *op. loc. cit.*

⁴⁷⁸ Sul punto, v. E. LA ROSA, *op. cit.*, p. 353, la quale rileva che “sotto il profilo esegetico, i due requisiti sembrerebbero allora entrambi necessari per impedire la rivendica dei materiali”.

⁴⁷⁹ V. sempre E. LA ROSA, *op. cit.*, p. 354. Secondo l'a. (p. 356), in particolare, l'acquisto per accessione si produce in tre distinte ipotesi: 1) quando la rivendicazione non è esperibile perché ciò arrecherebbe grave danno alle opere e/o al fondo; 2) quando l'azione di rivendicazione, pur essendo possibile, non è esercitata per scelta del titolare dei materiali; 3) quando sia inutilmente decorso il termine di decadenza indicato dall'art. 937, comma 2, c.c.

⁴⁸⁰ V. ancora E. LA ROSA, *op. cit.*, p. 353, secondo la quale «detta limitazione deriva dalla diversità di fattispecie prese in considerazione dal legislatore. Ed infatti, l'art. 937 c.c. disciplina l'ipotesi in cui l'opera venga realizzata sul fondo “altrui”, l'art. 935 c.c. attiene al caso in cui il proprietario costruisce sul proprio suolo, ma con l'utilizzo di materiali altrui».

⁴⁸¹ Così, v. sempre E. LA ROSA, *op. loc. cit.*

quanto disposto dall'art. 936 c.c., non riconosce alcun diritto di scelta al proprietario tra ritenere o far rimuovere le opere realizzate⁴⁸².

Secondo l'impostazione più accreditata, sulla falsariga di quanto già dianzi rilevato nella fattispecie dell'opera eseguita da un terzo con materiali propri (art. 936 c.c.), l'acquisto della proprietà in capo al *dominus soli* si perfezionerebbe soltanto al termine di sei mesi dal giorno in cui il proprietario ha avuto notizia dell'incorporazione, senza che venga esercitata la rivendicazione dei materiali⁴⁸³.

La determinazione dell'indennizzo avviene in linea con le riflessioni svolte al precedente paragrafo. Legittimato passivo al pagamento dell'indennizzo è il terzo autore dell'incorporazione che, tra l'altro, è tenuto in via solidale con il proprietario del suolo quando quest'ultimo "in mala fede abbia autorizzato l'uso" dei materiali (art. 937, 3° co, c.c.)⁴⁸⁴.

Nei confronti del proprietario dei materiali il terzo e il proprietario del suolo in mala fede sono altresì tenuti al risarcimento del danno.

Il diritto all'indennizzo può essere fatto valere anche nei confronti del proprietario del suolo in buona fede, ma limitatamente all'importo che questi deve ancora versare al terzo⁴⁸⁵.

7. La nozione di "terzo" di cui agli artt. 936 e 937 c.c.

Al fine di agevolare l'analisi della questione, di rilevanza essenziale ai fini della presente indagine, preliminarmente preme rilevare che in dottrina ed in giurisprudenza non vi è unanimità di

⁴⁸² V. ancora E. LA ROSA, *op. cit.*, p. 356, secondo la quale "allo stesso modo non è consentito al *dominus soli* avvalersi dello *ius tollendi*", essendo la separazione "sempre conseguenza dell'esercizio della rivendica da parte del titolare dei materiali".

⁴⁸³ Sul punto, v. E. LA ROSA, *op. cit.*, p. 354, la quale osserva che "ne deriva che anche dall'art. 937 c.c., al pari degli artt. 935 e 936 c.c., emerge un certo *favor* al mantenimento della costruzione, con conseguente attribuzione della proprietà dell'opera al *dominus soli*. Quest'ultimo, quindi, in ossequio alle norme generali sull'accessione, acquista la proprietà dell'opera *ipso iure* al verificarsi dell'incorporazione, tutte le volte in cui la separazione non possa essere esercitata".

⁴⁸⁴ V. C. M. BIANCA, *op. loc. citt.*, secondo cui "qui ricorre una particolare ipotesi di illecito doloso, che rende il proprietario del fondo responsabile per il concorso col terzo nell'attuazione di un fatto obiettivamente antigiuridico".

⁴⁸⁵ V. sempre C. M. BIANCA, *op. loc. citt.*, il quale osserva che «è questa una tipica ipotesi di azione diretta che consente al proprietario dei materiali di esercitare il credito spettante al terzo nei confronti del proprietario del suolo, ed avente ad oggetto, secondo il dettato del codice, il "prezzo" ancora dovuto».

pensiero circa l'espressione "terzo" di cui agli artt. 936 e 937 c.c., riferita all'autore delle "piantagioni, costruzioni od opere".

L'orientamento più diffuso concorda nell'affermare che, ai fini dell'applicabilità della disciplina di cui agli artt. 936 e 937 c.c., sia terzo chiunque non abbia con il *dominus soli* un rapporto giuridico che gli attribuisca la facoltà di costruire⁴⁸⁶. In tale prospettiva, ove, invece, sussista, per fonte legale o convenzionale, un diritto reale o personale che assegni al terzo la facoltà di edificare sul suolo altrui, quindi, verrebbe meno la ragione applicativa della disciplina dell'accessione, intesa come ipotesi di composizione del conflitto tra contrapposti interessi, risultando il rapporto assoggettato ad una disciplina specifica (a titolo esemplificativo, si pensi agli artt. 1592 e 1593 c.c. in tema di miglioramenti e addizioni nel rapporto di locazione; artt. 983, 985 e 986 c.c. in tema di usufrutto)⁴⁸⁷.

Secondo altra impostazione, invece, l'espressione "terzo" non designa chi non è parte di un rapporto giuridico (reale o personale) con il *dominus soli*, bensì chi non è proprietario del suolo⁴⁸⁸.

Un'altra accreditata teoria, poi, rileva che le fattispecie legali delle accessioni incorporate da un "terzo" riguardano i casi in cui le incorporazioni sono fatte da un soggetto al quale non è stata attribuita la facoltà di edificare (c.d. legittimazione)⁴⁸⁹.

In una simile prospettiva, infine, si è affermato che "terzo" sarebbe colui che, agendo esclusivamente nel proprio interesse comprimendo il diritto degli altri, nonché alterando la

⁴⁸⁶ In tal senso, in giurisprudenza, v. per tutte Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., per la quale «secondo l'insegnamento consolidato di questa Corte regolatrice, in materia di accessione, è "terzo" colui che non sia legato al proprietario del suolo da un rapporto giuridico, di natura reale o personale, che lo legittimi a costruire sul fondo medesimo». In dottrina, per una simile impostazione, v.: A. AZARA, *op. cit.*, p. 463; A. MONTEL, *op. cit.*, p. 136; F. DE MARTINO, *op. cit.*, p. 443; A. TABET-E. OTTOLENGHI-G. SCALITI, *op. cit.*, p. 862; F. SALARIS, *op. cit.*, p. 653; G. ALPA, *op. cit.*, p. 33; G. MUSOLINO, *op. cit.*, p. 1426; E. GUERINONI, *op. cit.*, p. 774; R. TRIOLA, *op. cit.*, p. 380; E. LA ROSA, *op. cit.*, p. 334.

⁴⁸⁷ V., sempre, Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.

⁴⁸⁸ V. M. BASILE, *op. cit.*, p. 1304 ss., il quale critica l'impostazione dominante che sembrerebbe "inesattamente fondare la facoltà di costruire sulla necessaria esistenza di un rapporto giuridico che la conterrebbe". Secondo l'a. (p. 1306) l'art. 936 c.c. "deve dunque applicarsi, salvo che risulti il contrario da un titolo o dalla legge, in tutti i casi in cui qualcuno con materiali propri compie delle opere sopra un immobile che non ha in proprietà".

⁴⁸⁹ V. C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 256, il quale aggiunge che "terzo è in generale anche chi possiede o detiene il fondo senza un titolo che lo legittimi ad edificarlo".

destinazione economica della cosa, costruisca illecitamente su suolo altrui⁴⁹⁰ o concesso in godimento ad altri (si pensi all'ipotesi in cui sia il *dominus soli* a realizzare costruzioni sul fondo concesso in godimento, usufrutto o enfiteusi, ad altri)⁴⁹¹.

A ben vedere, senza potersi negare che la risposta al quesito finisca per il coinvolgere il dogma della legittimazione, le ricostruzioni dianzi riportate non appaiono del tutto convincenti.

A questo punto, quindi, pur nella consapevolezza che le ipotesi oggetto di specifica disciplina normativa o di clausola negoziale debbano essere escluse dal novero degli artt. 936 e 937 c.c.⁴⁹², sembra necessario, ai fini dello sviluppo della presente trattazione, operare una valutazione dei contrapposti interessi in astratto chiamati in gioco dalla vicenda, al fine di cogliere la reale portata della nozione di “terzo” autore delle “piantagioni, costruzioni od opere” di cui agli artt. 936 e 937 c.c.

⁴⁹⁰ V. la ricostruzione di M. PARADISO, *op. cit.*, p. 154 ss. Secondo l'a. l'impostazione secondo cui è terzo colui che non è legato da “preesistenti rapporti” con il *dominus soli* sarebbe troppo generica, in quanto non sempre sarebbe in grado di chiarire la sorte ed il trattamento delle addizioni, mentre quella che estende la qualifica di terzo a tutti coloro che, non essendo proprietari del bene, non possono accampare specifiche pretese basate su rapporti contrattuali, sarebbe grossolana. Pertanto, nella prospettiva dell'a. (p. 160), l'analisi della disciplina di cui agli artt. 936 e 937 c.c., e quindi dell'espressione “terzo”, andrebbe condotta alla luce di tre profili attorno ai quali si organizzano le regole concrete dello *ius tollendi* del proprietario, nonché dell'obbligo di indennizzare il terzo: “il diritto di fare le opere, la loro *destinazione economica* e, perciò, l'*interesse oggettivo* che le opere stesse soddisfano”. Conseguentemente, i predetti profili, che erano stati usati in passato dalla giurisprudenza per disciplinare in particolare le ipotesi relative alle addizioni dell'usufruttuario e del locatore, suggerirebbero di distinguere “le accessioni lecite da quelle vietate”, laddove il discrimine fra esse si attesta sul concetto di «“mutamento della destinazione economica” della cosa». Le accessioni che non mutano la predetta destinazione possono considerarsi come “fatte anche nell'interesse del concedente” e, pertanto, “in linea di principio *lecite*”; le altre, viceversa, dovranno ritenersi “nell'interesse esclusivo dell'agente”, sicché, in mancanza di esplicita previsione o esigenza, sono da considerare illecite. In sintesi, secondo l'a. (p. 162), “criterio scriminante, e *ratio ispiratrice* delle norme positivamente dettate dalla legge, è anzitutto il *diritto* di realizzare le addizioni, integrato dal criterio dell'*interesse* a realizzarle”. Peraltro, «interesse...che va desunto oggettivamente dalla coerenza delle opere alla “*destinazione economica*” della cosa (nel senso già precisato, per cui le addizioni che rispettano tale destinazione *in linea di principio* si intendono fatte anche nell'interesse del proprietario)», sicché «l'autore di esse non potrà automaticamente essere considerato “terzo” in base alla semplice mancanza di rapporti col *dominus soli*».

⁴⁹¹ In dottrina non vi è unanimità di pensiero in merito alla fattispecie ipotizzata nel testo. Secondo un diffuso orientamento, l'art. 936 c.c. sarebbe applicabile al caso di specie, mentre secondo altra impostazione non sarebbe possibile dare una risposta in astratto alla problematica, in quanto occorrerebbe valutare se trattasi di addizioni che alterino o meno la destinazione economica del bene incorporante: v. M. PARADISO, *op. cit.*, p. 165.

⁴⁹² V., per tutti, M. PARADISO, *op. cit.*, p. 157, per il quale “escluse dall'art. 936 le ipotesi di *specificata disciplina normativa* in ordine alle addizioni, vanno ulteriormente escluse sia le ipotesi in cui le costruzioni siano oggetto di un contratto o *clausola negoziale*, con il *dominus soli* o con altro soggetto, sia i casi in cui detto rapporto sia stato comunque *occasione*, per il costruttore, per conseguire la disponibilità o il possesso del fondo”. Secondo l'a., infatti, l'applicabilità della disciplina di cui agli artt. 936 e 937 c.c. dovrebbe essere esclusa, oltre che dalla disciplina delle addizioni lecite eseguite dall'usufruttuario (artt. 985 ss. c.c.) e dal conduttore (1592 ss. c.c.), anche per le addizioni eseguite dall'appaltatore, nonché in genere tutte le ipotesi in cui l'autore della costruzione, pur nella mancanza sopravvenuta (si pensi all'ipotesi dell'acquisto sotto condizione risolutiva, di annullamento e di risoluzione della compravendita o di altro contratto, di riscatto da parte del venditore, di cessazione del rapporto di concessione) o *ab origine* del rapporto, non abbia agito esclusivamente per il perseguimento di un proprio interesse alterando la destinazione economica della cosa, bensì anche nell'interesse del proprietario lasciando immutata la destinazione economica impressa alla medesima.

Appare utile, allora, ricordare come, secondo l'impostazione più diffusamente accreditata, la norma che dispone l'acquisto della proprietà in favore del *dominus soli* nel caso di unione di cose ad opera di terzo abbia la funzione di evitare una separazione dannosa per le cose congiunte e, al contempo, la costituzione di uno stato di comunione sulle medesime ("*mater rixarum*"), nonché di salvare quanto più è possibile i valori economici dell'operazione⁴⁹³.

Quale corollario della riflessione svolta, quindi, il *dominus soli* acquista la titolarità dei materiali⁴⁹⁴ congiunti inseparabilmente al proprio fondo dal terzo e quest'ultimo perde il dominio sugli stessi, non potendo egli separarli dall'opera o dal suolo senza che inevitabilmente si verifichi un effetto dannoso, cioè la distruzione dell'opera costrutta o il perimento della piantagione⁴⁹⁵.

In altri termini, quando ha luogo l'incorporazione tra cose non appartenenti al medesimo proprietario, in assenza di qualsiasi accordo tra le parti, si viene a creare un conflitto tra diritti⁴⁹⁶, che il legislatore, a sostegno dell'impostazione dianzi riferita, è intervenuto a dirimere a mezzo della disciplina dell'accessione (artt. 936 e 937 c.c.), ispirata alla soluzione e conciliazione dello stesso⁴⁹⁷: la legge, pertanto, tendendo a rendere più semplici i rapporti giuridici, ha optato per rimettere le cose nelle mani di un solo proprietario⁴⁹⁸.

⁴⁹³ V. ancora il pensiero di G. GORLA, *op. cit.*, pp. 108 e 145. Per una simile impostazione, v. L. BARASSI, *op. ult. cit.*, p. 318 ss.

⁴⁹⁴ V. G. GORLA, *op. cit.*, p. 144, spec. nota 1. Secondo l'a. (p. 146), inoltre, "è da osservare però che di acquisto del dominio si può parlare solo rispetto ai materiali congiunti al fondo e formanti l'edificio o altra opera, non rispetto all'edificio o alla nuova opera che ne risulta, perché questi si identificano, si immedesimano col fondo, il quale è concepito come unità: altrimenti si dovrebbe dire che anche il proprietario del fondo che edifica con materiali propri *acquista* la proprietà dell'edificio, mentre invece egli non fa che trarre nuove utilità dal proprio fondo". Pertanto, "se il *dominus fundi* edifica con materiali altrui, si potrà parlare di acquisto di proprietà, ma solo rispetto ai materiali come cose a sé, non rispetto all'edificio in quanto *pars fundi*". Nel senso che, anche nell'ottica del codice civile vigente, dovrebbe parlarsi di vicenda acquisitiva soltanto rispetto ai materiali incorporati, v. l'impostazione tradizionale di C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 251 ss.

⁴⁹⁵ V. G. GORLA, *op. cit.*, p. 144, per il quale "se il proprietario dei materiali ha la possibilità di levarli dal fondo senza che si verifichi questo effetto dannoso, egli non ne ha perduto la proprietà". Il citato a., inoltre, rileva che anche qui (artt. 450 e 451 c.c. abr.) vale la regola che "la proprietà dei materiali non si perde se non nel caso di inseparabilità senza danno", in quanto "benché questi articoli espressamente nol dicano, ciò risulta dai principi adottati dal legislatore in questa materia". Per una simile impostazione, v. anche C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 253.

⁴⁹⁶ Sul punto, v. l'impostazione di L. BARASSI, *op. ult. cit.*, p. 319, per il quale "quando adunque l'incorporazione ad un immobile non è dovuta all'opera dell'uomo, sorge un conflitto non già tra i diritti del lavoro e quelli della proprietà, ma tra due diritti di proprietà". Secondo l'a., pertanto, "il conflitto tra la proprietà e il lavoro sorge solo se è di fatto intervenuta l'opera dell'uomo".

⁴⁹⁷ Così, L. BARASSI, *op. ult. cit.*, p. 326.

⁴⁹⁸ V. L. BARASSI, *op. ult. cit.*, p. 333.

Una volta assunta la soluzione del conflitto di interessi quale parametro di riferimento, gli artt. 936 e 937 c.c. sembrano raggiungere siffatto risultato riconoscendo al *dominus soli* la possibilità di conservare la titolarità della cosa principale, che è certamente l'edificio o l'opera eseguita sul fondo, nonché di estendere il proprio dominio anche a quella accessorie (materiali aggiunti)⁴⁹⁹.

Non sembra poter esservi alcun dubbio, in effetti, che le norme ora richiamate perseguano la finalità “di evitare distruzioni di ricchezza e di tutelare il proprietario contro arricchimenti imposti”⁵⁰⁰.

È innegabile, infatti, che nelle fattispecie di cui agli artt. 936 e 937 c.c., il legislatore, innanzitutto, abbia ritenuto grave offesa al principio della proprietà individuale che persone estranee vadano a modificare la consistenza originaria dell'immobile su cui cade la proprietà, obbligando il proprietario a oneri non indifferenti per rifondere le spese compiute dal terzo, e, in secondo luogo, abbia supposto il caso più normale alla cui stregua il *dominus soli* o il proprietario dei materiali, nell'esercitare il suo diritto alla separazione dei materiali, si ispiri al proprio tornaconto, che è in fondo quello di non danneggiare il suolo o la cosa⁵⁰¹, ovvero di rivendicare la proprietà dei materiali impiegati⁵⁰².

A ciò si aggiunga che la legge riconosce al *dominus soli* anche la possibilità di ritenere l'aumento di ricchezza arrecato alla cosa principale a seguito dell'incorporazione compiuta dal “terzo”.

Tuttavia, sempre rimanendo nell'orbita della soluzione di un conflitto tra contrapposti interessi, la legge compie un certo omaggio al principio del lavoro, limitando l'esperibilità del diritto alla separazione dei materiali alla scienza e mancata opposizione del proprietario del suolo, alla

⁴⁹⁹ In tal senso, v. sempre G. GORLA, *op. cit.*, p. 145. Per una simile impostazione, v. C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 253, per il quale “il proprietario del fondo acquista la proprietà dei materiali”.

⁵⁰⁰ Così, C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 252 ss.

⁵⁰¹ Sul punto, v. L. BARASSI, *op. ult. cit.*, p. 331, il quale però mette in rilievo che “il proprietario del suolo potrà far valere questo suo diritto anche senza che egli ne abbia vantaggio e senza curarsi del danno che ne può derivare a sé o al terzo”. Infatti, il citato a. giunge alla conclusione che “contro questa ipotesi non ha alcuna difesa il terzo incorporatore (salvo la sua buona fede)” e “neppure questi potrebbe opporre il divieto dell'atto emulativo”, essendo “l'attuale art. 936...troppo brutalmente reciso – almeno in apparenza – nella concessione del diritto di rimozione, perché l'intento emulativo possa costituirne un limite”.

⁵⁰² V., per tutti, E. LA ROSA, *op. cit.*, p. 352 ss.

buona fede del terzo autore delle opere (art. 936 c.c.)⁵⁰³, ovvero alla mancanza di grave danno alle opere e al fondo, nonché al mancato decorso del termine di decadenza di 6 mesi decorrente dalla notizia dell'incorporazione da parte del proprietario (937 c.c.)⁵⁰⁴.

In conclusione, l'interesse del *dominus soli* deve identificarsi nella conservazione della consistenza originaria del suolo o della cosa, rispondendo alle indebite ingerenze altrui a mezzo dell'esercizio dello *ius tollendi*, ovvero nella conservazione dell'aumento di ricchezza apportato al bene principale a seguito dell'impiego dei materiali e/o della mano d'opera da parte del "terzo", optando per la ritenzione di quest'ultimi⁵⁰⁵. Viceversa, l'interesse del "terzo" consiste nella salvaguardia del valore economico dei materiali e/o della forza lavoro impiegati per l'esecuzione dell'opera o della piantagione, attribuendosi a quest'ultimo, a scelta del *dominus soli*, il diritto al pagamento del valore dei materiali e della mano d'opera impiegati, ovvero dell'aumento di valore recato al fondo (art. 936 c.c.), nonché, al proprietario dei materiali impiegati, un'indennità pari al valore dei materiali stessi, oltre il risarcimento dei danni (art. 937 c.c.).

Nelle fattispecie di cui agli artt. 936 e 937 c.c., quindi, i valori economici da salvaguardare corrispondono alla cosa principale, nonché ai materiali e/o alla mano d'opera impiegati dal "terzo" per l'esecuzione dell'opera o della piantagione.

Da tali circostanze, non sembra possibile revocarsi in dubbio che le fattispecie di cui agli artt. 936 e 937 c.c., assolvano positivamente alla funzione di dirimere un conflitto di diritti ingenerato dalla incorporazione fra cose appartenenti a soggetti differenti, compiendo un equilibrato bilanciamento tra i contrapposti interessi: l'art. 936 c.c., subordinando il diritto di ritenzione alla scelta del *dominus soli* di corrispondere al "terzo" il valore dei materiali e il prezzo della mano

⁵⁰³ Così, L. BARASSI, *op. loc. citt.*, il quale rileva che la scienza e mancata opposizione del proprietario del fondo, nonché la buona fede del terzo, sarebbero gli "unici temperamenti della norma di cui all'art. 936, a questo esercizio del diritto della proprietà fondiaria".

⁵⁰⁴ V, sempre, E. LA ROSA, *op. cit.*, p. 353 ss.

⁵⁰⁵ Per una applicazione estensiva di quanto affermato nel testo, v. ancora E. LA ROSA, *op. cit.*, p. 354, secondo la quale "anche l'art. 937 c.c., al pari degli artt. 935 e 936 c.c., emerge un certo *favor* al mantenimento della costruzione, con conseguente attribuzione della proprietà dell'opera al *dominus soli*". L'a., infatti, conclude nel senso che il *dominus soli* "in ossequio alle norme generali sull'accessione, acquista la proprietà dell'opera *ipso iure* al verificarsi dell'incorporazione, tutte le volte in cui la separazione non possa essere esercitata".

d'opera, oppure l'aumento di valore recato al fondo, nonché limitando l'esercizio del diritto di rimozione (*ius tollendi*) alla scienza e mancata opposizione del medesimo, alla buona fede del terzo, ovvero al mancato decorso del termine di decadenza di sei mesi di cui all'ultimo comma; l'art. 937 c.c., riconoscendo al proprietario dei materiali impiegati dal "terzo" per l'esecuzione dell'opera o della costruzione il diritto di rivendicarli, previa separazione a spese del "terzo", sempreché quest'ultima possa ottenersi senza grave danno delle opere e del fondo, ovvero non sia decorso in termine di decadenza di cui al secondo comma, oppure, nel caso in cui la predetta separazione non sia stata richiesta o possibile, il diritto al pagamento di un'indennità pari al valore dei materiali stessi, oltre al risarcimento dei danni.

Se la *ratio* degli artt. 936 e 937 c.c. risulta correttamente colta, quindi, nell'esigenza di evitare distruzioni di ricchezza nonché la formazione di una stato di comunione, di conseguenza potrebbe concludersi, sempre nell'ambito del bilanciamento di interessi compiuto dal legislatore, che la "terzietà" non dipenda dall'assenza di un rapporto di natura reale o personale con il *dominus soli* e/o dal difetto di legittimazione all'edificazione sul suolo altrui, bensì dalla alterità soggettiva e patrimoniale tra *dominus soli* e titolare dei materiali e/o della forza lavoro impiegati dal "terzo" per l'esecuzione dell'opera o della piantagione.

A ben vedere, allora, sulla falsariga del bilanciamento dei contrapposti interessi scelto dal legislatore, nonché nel contesto dell'orientamento dianzi richiamato che subordina la terzietà al difetto di legittimazione all'edificazione sul suolo altrui, l'espressione "terzo" di cui agli artt. 936 e 937 c.c. dovrebbe essere intesa alla luce della dogmatica del potere di disposizione sul patrimonio altrui (c.d. legittimazione) e del principio dell'autonomia ed indipendenza delle rispettive sfere patrimoniali.

Non si riesce, tuttavia, a comprendere perché, secondo l'impostazione dominante, tali disposizioni debbano essere lette soltanto alla luce del patrimonio del *dominus soli*, alla cui stregua "terzo" sarebbe il soggetto non legittimato – in assenza di uno specifico rapporto reale o personale -

al compimento di atti materiali sul suolo di quest'ultimo⁵⁰⁶. Se, in altre parole, il ruolo degli artt. 936 e 937 c.c. è quello di evitare distruzione di ricchezza, nonché la formazione di uno stato di comunione, la relativa portata ne risulterebbe senz'altro eccessivamente svilita, atteso l'elevato grado di genericità del novero delle ipotesi – nella prospettiva accennata – di assenza di preesistenti rapporti, di fonte legale o negoziale, con il *dominus soli* alla cui stregua possa dedursi la legittimità dell'addizione⁵⁰⁷.

Piuttosto, per coerenza sistematica, le disposizioni da ultimo richiamate andrebbero intese non tanto alla luce del patrimonio del *dominus soli*, bensì del patrimonio del titolare dei materiali e/o della forza lavoro impiegati dal “terzo” per l'esecuzione della costruzione o della piantagione, in quanto, a seguito della loro stabile e definitiva unione o congiunzione alla cosa principale, il *dominus soli* acquista la proprietà dei materiali o comunque beneficia della forza lavoro impiegati ed il titolare di quest'ultimi subisce un vero e proprio decremento patrimoniale.

Insomma, gli artt. 936 e 937 c.c., disponendo l'acquisto dei materiali e/o forza lavoro impiegati a seguito della stabilità e definitività dell'incorporazione eseguita dal terzo, sembrerebbero regolamentare una fattispecie annoverabile nella categoria degli atti dispositivi sul patrimonio altrui, alla cui stregua il *dominus soli*, avendo rinunciato preventivamente all'esercizio del diritto di rimozione (*ius tollendi*) o essendo trascorsi sei mesi dal giorno in cui ha avuto notizia dell'incorporazione, disporrebbe del patrimonio di titolarità dell'altrui soggetto (*i.e.* terzo) autore materiale dell'opera o della piantagione, acquistando i materiali e beneficiando della forza lavoro impiegati per l'esecuzione delle stesse (art. 936 c.c.); o comunque, seppur indirettamente, beneficerebbe degli effetti dell'atto dispositivo compiuto dal terzo autore dell'opera o della piantagione sui materiali inerenti al patrimonio di altro soggetto e, direttamente, della forza lavoro impiegata dal primo per l'esecuzione delle medesime, acquistando i materiali altrui nel caso in cui la separazione degli stessi non sia stata richiesta dal proprietario o i medesimi siano inseparabili o,

⁵⁰⁶ A sostegno di quanto asserito nel testo, cfr. C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 259.

⁵⁰⁷ Nel senso che l'impostazione dominante, avendo «carattere “empirico” e asistematico», resti “del tutto generica”, v. M. PARADISO, *op. cit.*, p. 155.

comunque, sia trascorso il periodo di sei mesi dal giorno in cui il proprietario degli stessi ha avuto notizia dell'incorporazione (937 c.c.).

Nell'ambito dell'impostazione più accreditata in materia di legittimazione⁵⁰⁸, in effetti, il metro di paragone cui ricorrere ai fini di una corretta individuazione della nozione di "terzo" ex artt. 936 e 937 c.c. dovrebbe continuare a scorgersi nella mancanza di identità tra il soggetto autore del compimento di un atto e quello nel cui patrimonio dovranno verificarsi gli effetti giuridici.

Le considerazioni fin qui svolte lasciano intuire, quindi, che il *dominus soli* ex art. 936 c.c., una volta eseguita la scelta nel senso della ritenzione o rimozione dei materiali impiegati per l'esecuzione dell'opera o della piantagione, non essendo titolare degli stessi sino alla definitiva incorporazione⁵⁰⁹, o il medesimo con la collaborazione del terzo ex art. 937 c.c., decaduto il potere di rivendica o di separazione dei materiali impiegati (o comunque trattandosi di separazione pregiudizievole), avrebbe compiuto un atto destinato a produrre effetti giuridici sul patrimonio altrui (*i.e.* terzo), senza l'espresso consenso di questi⁵¹⁰.

In tale prospettiva esegetica, essendovi quella mancanza di identità tra autore dell'atto e titolare del patrimonio destinatario degli effetti, cui dianzi si è fatto cenno richiamando l'impostazione corrente del potere di disposizione (c.d. legittimazione), pertanto, risulterebbe essere "terzo" sia l'autore dell'opera o della piantagione che, ai sensi e per gli effetti dell'art. 936 c.c., sarebbe estraneo (*i.e.* terzo) rispetto alla scelta compiuta dal *dominus soli* nel senso della ritenzione o rimozione dei materiali impiegati nonostante la medesima sia destinata a produrre effetti giuridici nel patrimonio di sua titolarità, e sia colui che, ai sensi e per gli effetti dell'art. 937 c.c., a seguito dell'inseparabilità dei

⁵⁰⁸ Il riferimento è all'ancora attuale pensiero di L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 2 ss.

⁵⁰⁹ V. L. BARASSI, *op. ult. cit.*, p. 333, per il quale l'incorporazione potrà dirsi stabile e definitiva soltanto quando siano "escluse la separazione o la reclamabilità: quando infatti la legge esplicitamente accenni al diritto di separazione dopo avvenuta l'incorporazione, questa non è definitiva, e la proprietà non si acquista dal proprietario della cosa principale se non quando il diritto alla separazione mediante reclamo sia perduto per chi vi aveva diritto (rinuncia, decadenza del termine)". Secondo l'a. (p. 339 ss.), infatti, "l'accessione non ha per effetto di far acquistare subito al proprietario del suolo, incorporante, il materiale altrui, che temporaneamente rimane al terzo non ostante l'incorporazione: è solo dopo il decorso del termine utile di 6 mesi senza che il terzo si sia fatto vivo che l'accessione produce il suo effetto".

⁵¹⁰ Coglie perfettamente nel segno chi (L. BARASSI, *op. ult. cit.*, p. 333) rileva che nel caso dell'art. 936 c.c. l'accessione "opera solo per volontà del proprietario non incorporatore, che rinunzi alla rimozione", non spettando quest'ultima all'incorporatore.

materiali o dell'estinzione del potere di rivendicare gli stessi, rimarrebbe estraneo (*i.e.* terzo) rispetto al patrimonio del soggetto titolare dei materiali impiegati, in quanto, non essendovi identità soggettiva tra autore materiale dell'opera o della piantagione ed il titolare dei materiali impiegati per l'esecuzione della stessa, egli avrebbe compiuto un atto materiale dispositivo (l'impiego di materiali) incidente su patrimonio altrui (titolare dei materiali).

In conclusione, sul punto, nel contesto della fattispecie di cui all'art. 936 c.c., è da ritenere "terzo" colui che, pur essendo il titolare esclusivo dei materiali e/o della forza lavoro impiegati per l'esecuzione dell'opera o della piantagione sul fondo altrui e, dunque, l'unico soggetto legittimato al compimento dei relativi atti dispositivi, subisce una modificazione della propria sfera giuridico patrimoniale da parte del *dominus soli*, a prescindere dalla circostanza che egli sia o meno legittimato – e quindi vincolato - ad edificare sul suolo altrui. E, dal punto di vista della fattispecie di cui all'art. 937 c.c., è da reputare "terzo" colui che, pur non essendo titolare dei materiali impiegati per l'esecuzione dell'opera o della piantagione e, quindi, legittimato al compimento dei relativi atti dispositivi, pone in essere un atto modificativo (l'impiego dei materiali) della sfera giuridico patrimoniale del titolare dei materiali senza il preventivo consenso di questi, a prescindere dalla sussistenza o meno di preesistente rapporto giuridico con il *dominus soli*.

Se, allora, il piano sul quale collocare l'indagine circa l'espressione "terzo" autore della piantagione, costruzione od altra opera di cui agli artt. 936 e 937 c.c. pare correttamente essere quello della mancanza di identità soggettiva tra l'autore dell'atto dispositivo ed il titolare del patrimonio destinatario degli effetti finali (c.d. difetto del potere di legittimazione), conseguentemente, non sembra risultare "terzo" *ex art. 936 c.c.* il *dominus soli* che, pur essendo titolare della cosa principale incorporante e, dunque, esclusivo legittimato ad edificare sul medesimo, sia stato previamente legittimato dall'autore dell'opera o della piantagione al compimento di atti dispositivi relativi al materiale e/o alla forza lavoro impiegati per l'esecuzione dell'opera o della piantagione. E, allo stesso modo, non sembra risultare "terzo" *ex art. 937 c.c.* l'autore dell'opera o della piantagione che, prima

dell'impiego dei materiali, sia stato dall'effettivo proprietario legittimato al compimento dei relativi atti dispositivi.

Capitolo IV

DELINEAZIONE DI UN COERENTE PERCORSO ESEGETICO TRA DISCIPLINA DELL'ACCESSIONE E DELLA COMUNIONE.

1. Le riflessioni della dottrina e della giurisprudenza in senso ostativo all'applicabilità dell'art. 936 c.c. alla costruzione eseguita da un comunista su bene in comune con altri: la mancanza di una linea interpretativa in grado di coniugare la disciplina dell'accessione (artt. 936 e 937 c.c.) e della comunione (1102, 1108 e 1120 c.c.).

Alla luce delle considerazioni svolte, è dato rilevare come la dottrina e la giurisprudenza prevalenti siano sempre state concordi nell'idea dell'inapplicabilità della specifica disciplina di cui all'art. 936 c.c. alla fattispecie dell'opera o piantagione eseguita da un comunista su bene in comproprietà con altri⁵¹¹.

A ciò si aggiunga come, anche alla luce della più recente impostazione della Suprema Corte, sembrerebbe doversi escludere che i rapporti tra comproprietario costruttore e non trovino specifica regolamentazione nella normativa di cui all'art. 936 c.c.⁵¹².

Nella prospettiva da ultimo richiamata, come già dianzi rilevato, l'orientamento di fondo è nel senso di escludere l'operatività dell'art. 936 c.c. nella fattispecie concreta dell'opera eseguita da un solo comunista su bene in comproprietà con altri, essendo tale norma relativa alle "Opere fatte da un terzo" e non potendo il comproprietario essere qualificato "terzo" rispetto agli altri comproprietari del suolo⁵¹³. Pertanto, i rapporti tra il comproprietario costruttore e non - divenuti *ope legis* comproprietari della costruzione - non sarebbero disciplinati dall'art. 936 c.c.: la disciplina concernente i rapporti tra comproprietario costruttore e non andrebbe rinvenuta in seno alle norme che disciplinano

⁵¹¹ Cfr. *supra*, cap. I, par. 2.

⁵¹² Cfr. *supra*, cap. I, par. 3.

⁵¹³ V., infatti, Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.

la comunione e, specificamente, in quelle che regolano l'uso paritario della cosa comune e l'esecuzione delle innovazioni sulla stessa⁵¹⁴.

Così, la costruzione su suolo comune, in quanto innovazione, dovrebbe essere preventivamente deliberata ai sensi dell'art. 1108 c.c. (in caso di comunione ordinaria) e degli artt. 1120 e 1121 c.c. (nel caso di condominio negli edifici) e, comunque, non dovrebbe pregiudicare il godimento paritetico della cosa comune da parte di ciascun comunista; trattandosi, invece, di opera innovativa eseguita senza la preventiva autorizzazione della maggioranza dei condomini, ovvero in pregiudizio del godimento paritetico della cosa comune da parte di tutti i comproprietari, il comunista non costruttore leso nel proprio interesse, potrà avvalersi degli ordinari rimedi delle azioni possessorie e petitorie⁵¹⁵.

Il comproprietario non costruttore leso nel proprio interesse potrà esercitare anche uno *ius tollendi*, ottenendo la demolizione dell'opera, purché l'esercizio dello stesso venga “coniugato con il principio di tolleranza, col principio di affidamento e con quello di buona fede”⁵¹⁶. L'esercizio del predetto *ius tollendi* risulterebbe governato dalla disciplina della comunione: nel caso in cui il comproprietario costruttore abbia agito contro l'esplicito divieto del comproprietario o all'insaputa di questi e, al contempo, sia stata violata la normativa dettata in tema di condominio, al comunista non costruttore andrebbe riconosciuto lo *ius tollendi*, in quanto questi potrà senz'altro agire per ottenere il ripristino dello *status quo ante*; nel caso in cui il comproprietario costruttore abbia agito, se non con il consenso, quanto meno a scienza e senza opposizione dell'altro comproprietario, “essendovi stato il consenso esplicito o anche meramente implicito del comproprietario non costruttore”, andrebbe escluso che il comunista non costruttore possa pretendere la demolizione dell'opera⁵¹⁷.

Ove lo *ius tollendi* non venga (o non possa) essere esercitato, sorgerebbe in favore del comproprietario costruttore un diritto di credito nei confronti degli altri comunisti non costruttori,

⁵¹⁴ V. *supra*, cap. I, par. 3.

⁵¹⁵ Cfr. *supra*, cap. I, par. 3.

⁵¹⁶ V. sempre Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit. Sul punto, v. *supra*, cap. I, par. 3.

⁵¹⁷ V. ancora Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit. Sulla tematica, v. *supra*, cap. I, par. 3.

divenuti, per accessione, comproprietari dell'opera innovativa: nascerebbe, cioè, tra le parti un rapporto obbligatorio, in forza del quale i comproprietari non costruttori sono tenuti a rimborsare il comproprietario costruttore in proporzione alle rispettive quote di comproprietà delle spese sopportate per l'edificazione dell'opera, secondo le norme che regolano la comunione e gli altri istituti di volta in volta applicabili (mandato, *negotiorum gestio*, arricchimento senza causa, etc.)⁵¹⁸.

Il consenso degli altri comunisti circa l'esecuzione dell'opera innovativa avrebbe la forma libera⁵¹⁹: l'esistenza del consenso alla costruzione, non incidendo sull'acquisto della proprietà della costruzione, potrebbe essere dimostrato con ogni mezzo di prova; il predetto consenso dei comunisti non costruttori potrebbe anche essere implicitamente rilevato⁵²⁰.

In altre parole, fermo restando che l'opera eseguita da un solo comunista su suolo in comproprietà con altri segua le sorti del suolo ove viene ad esistere, la pure auspicata linea interpretativa in grado di coniugare la disciplina dell'accessione e della comunione non potrebbe dirsi ancora raggiunta⁵²¹, sembrando presupporre siffatto risultato la dimostrazione della diretta ed immediata applicabilità di tutta la normativa dettata in materia di accessione, ivi inclusi quella di cui agli artt. 936 e 937 c.c..

Le considerazioni fin qui svolte, in effetti, lasciano intuire come sia difficile per l'interprete non svilire eccessivamente la portata normativa dell'accessione, nel coordinamento della generale

⁵¹⁸ Cfr. *supra*, cap. I, par. 3.

⁵¹⁹ V., ancora una volta, Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., secondo cui “il consenso alla costruzione dell'opera, manifestato da un comunista all'altro, può essere dato con qualunque forma (anche verbalmente, non attenendo esso alla sfera dei diritti reali e non facendo venir meno l'operatività dell'accessione e, quindi, l'acquisto della proprietà della costruzione da parte di tutti i comunisti in rapporto alle rispettive quote dominicali; il suo rilievo giuridico non attiene all'acquisto della proprietà della costruzione, ma ai reciproci diritti e obblighi dei comproprietari, e ai loro rispettivi poteri, relativamente ad un'opera divenuta comunque comune”.

⁵²⁰ V. sempre Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., secondo la quale “la mera tolleranza, ossia la mancata reazione da parte del comproprietario non costruttore all'abuso intrapreso dal comunista costruttore, protratta per un congruo periodo di tempo dal giorno in cui ha avuto notizia dei lavori, preclude l'esercizio dello *ius tollendi*, facendo sorgere l'affidamento del costruttore sul sopravvenuto consenso implicito del compartecipe alla comunione”.

⁵²¹ Nel senso che la problematica concernerebbe la necessità 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 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 c.c. al godimento della cosa comune, v. l'ordinanza interlocutoria dell'11 aprile 2017, n. 9316, cit.

operatività della disciplina dell'accessione (artt. 934-938 c.c.) con quella specificamente dettata in materia di comunione (artt. 1100 ss. c.c.).

In tale prospettiva esegetica, in effetti, la normativa di cui all'art. 934 c.c. troverebbe limitata applicazione, finendo col restare restando lettera morta la restante parte dispositiva “salvo quanto è disposto dagli articoli 935, 936, 937 e 938”. Non potendosi, insomma, scorgere fra i comunisti un rapporto di terzietà reciproca, la normativa di cui all'art. 936 c.c. non troverebbe alcun margine applicativo, dovendo i rapporti tra comproprietari costruttori e non essere senz'altro regolamentati dalle disposizioni in materia di uso e godimento della cosa comune (1102 c.c.), nonché di innovazioni (1108 c.c.)⁵²².

Peraltro, l'opzione ermeneutica ora, seppur brevemente, ricordata, non sembra, invero, cogliere nel segno. Che la normativa sulla comunione, e, specificamente, quella in materia di uso e godimento della cosa comune (1102 c.c.) e di innovazioni (1108 c.c.), assuma la funzione di regolamentare i rapporti tra comproprietario costruttore e non, è un'eventualità che lo stesso legislatore sembrerebbe avere escluso, limitandosi la normativa ivi richiamata ad assolvere ad una funzione meramente amministrativa e gestoria della cosa comune⁵²³, evitando che i partecipanti alla comunione pongano in essere un godimento pregiudizievole di quest'ultima, cioè volto ad inibire il diritto all'uso paritetico degli altri, nonché ad alterare la destinazione economica della medesima⁵²⁴. Piuttosto, deve sottolinearsi come, non essendovi tra accessione e comunione alcun rapporto di “*genus ad speciem*”⁵²⁵, nessuna delle normative da ultimo citate (artt. 1102, 1108 c.c.) sembri potersi includere nella locuzione di cui all'art. 934 c.c. “salvo che risulti diversamente...dalla legge”, alla cui stregua

⁵²² V. sempre Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.

⁵²³ Cfr. M. FRAGALI, *La comunione*, XIII, t.1, cit., p. 396 ss., per il quale “dal rapporto di comunione i partecipanti altro non possono desumere se non il vantaggio di una gestione unitaria, che è la risultante di un loro dovere di coordinare e moderare l'esercizio dei diritti rispettivi; un dovere che è conseguenza della congiunzione dei medesimi, i quali debbono essere regolati perché ognuno dei partecipanti abbia il suo e non anche l'altrui”. Per una simile impostazione, v., più di recente, C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 328. Sul punto, v. *supra*, cap. II, par. 1 e 3.

⁵²⁴ V. per tutti C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 330. In giurisprudenza, v. sempre Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit. Sulla tematica, v. *supra*, cap. II, par. 3.

⁵²⁵ In tale senso, v. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.

la disciplina dell'accessione vale «a condizione che non sia derogata da una norma di legge a carattere speciale (“*lex specialis derogat legi generali*”))»⁵²⁶.

A ben vedere, la disciplina della comunione (artt. 1100 ss. c.c.) si presenta volta a regolare i rapporti tra comproprietari nell'uso e nel godimento della cosa comune (1102 c.c.), a fissare i limiti entro cui è consentito il compimento di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione del bene comune o sono permesse le innovazioni e la disposizione della cosa comune, con la garanzia delle ragioni delle minoranze (1108 e 1120 c.c.)⁵²⁷. Nell'ambito di siffatta prospettiva, nessuna delle norme che regolano la comunione sembra, quindi, idonea ad incidere sui modi di acquisto della proprietà o, comunque, a mutare l'assetto dominicale del bene comune e dei materiali e/o forza lavoro impiegati per la realizzazione dell'opera o della piantagione, sì da poter configurare una disciplina speciale, e quindi una deroga, rispetto alla disciplina dell'accessione⁵²⁸. E, infatti, l'art. 1102 c.c. si limita a consentire ad ogni partecipante alla comunione di servirsi della cosa comune “purché non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso secondo il loro diritto”, così come gli artt. 1108 e 1120 c.c. consentono le innovazioni deliberate con le relative maggioranze a condizione che le medesime non pregiudichino l'uso e il godimento della cosa comune da parte di ciascuno⁵²⁹.

In conclusione, sul punto, le norme da ultimo richiamate si limitano ad escludere in radice che il singolo comproprietario, senza il consenso degli altri comproprietari, possa cambiare destinazione al suolo comune ed edificare su di esso, con l'intento di appropriarsi del medesimo ed escludere gli altri comproprietari dal suo godimento. Dunque, essendo la disciplina della comunione destinata a regolare i rapporti tra comproprietari nell'uso e nel godimento della cosa comune e non contenendo

⁵²⁶ V. ancora Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., la quale condivisibilmente rileva che “non è vero, tuttavia, che la disciplina giuridica della comunione integri una deroga all'istituto dell'accessione”. Sul punto, v. *supra*, cap. I, par. 2.

⁵²⁷ V. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit. Sul tema, v. *supra*, cap. II, par. 3 e 5.

⁵²⁸ In tal senso, seppur confinando il discorso all'applicazione generale del principio dell'accessione (934 c.c.), peraltro, v. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.

⁵²⁹ V., ancora, Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., per la quale “il comproprietario che costruisce senza il consenso degli altri partecipanti alla comunione realizza una alterazione della destinazione della cosa comune ed impedisce agli altri comunisti di fare uso di essa secondo il loro diritto”, in quanto «egli infrange la disciplina della comunione e commette un “atto illecito”, come “illegittima” è la costruzione realizzata sul suolo comune». Per una disamina di siffatta disciplina, v. *supra*, cap. II, par. 3 e 5.

tale disciplina alcuna norma in grado di determinare la sorte dell'opera o della piantagione eseguita sul bene comune, nonché dei materiali e/o forza lavoro impiegati per l'esecuzione della medesima, pare da ripudiare l'idea che la disciplina della comunione costituisca deroga a quella relativa ai modi di acquisto della proprietà, sì da escludere l'operare delle regole concernenti l'accessione.

Non sembra, quindi, dato revocare in dubbio, ogni qualvolta un comunista esegua un'opera o una piantagione su bene in comproprietà con altri, la piena operatività della normativa sull'accessione (artt. 934-938 c.c.). Piuttosto – e sul punto si avrà modo di tornare⁵³⁰ – l'impostazione in parola dovrebbe spingere l'interprete ad indentificare proprio negli artt. 935, 936 e 937 c.c. la disciplina idonea a regolamentare la sorte dell'opera o della piantagione eseguita sul bene comune – e quindi dei relativi rapporti –, nonché dei materiali e/o della forza lavoro impiegati per la realizzazione delle medesime, essendo le normative da ultimo richiamate volte specificamente ad assolvere siffatta funzione⁵³¹. A ciò si aggiunga che se, nonostante l'acclarata operatività del meccanismo acquisitivo dell'accessione (art. 934 c.c.), si continuasse a sostenere che i rapporti tra comproprietario costruttore e non debbano essere regolati dalla disciplina normativa della comunione (in particolare, l'art. 1102 c.c.)⁵³², dovrebbe, inevitabilmente, concludersi come la problematica concernente l'individuazione di una linea interpretativa in grado di coniugare la disciplina dell'accessione con quella della comunione risulti “risolta” nel senso dell'inoperatività, a monte, della disciplina dell'accessione (in particolare, l'art. 936 c.c.), tradendosi, quindi, proprio il reale risultato avuto di mira: con ciò, infatti, finendosi con il vanificare il senso e la portata reale della normativa menzionata (in particolare, artt. 1102, 1108, 1120 c.c.)⁵³³.

⁵³⁰ Cfr. *infra*, par. 5.

⁵³¹ Cfr. *supra*, cap. III.

⁵³² In tal senso, v. sostanzialmente Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.

⁵³³ A conferma di ciò vale la pena richiamare, ancora una volta, l'impostazione contraddittoria della Suprema Corte (Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.), che, da un lato, ritiene “che la disciplina giuridica che deve regolare i rapporti tra comproprietario costruttore e comproprietario non costruttore vada ricavata dalle norme che regolano la comunione: innanzitutto, dalle norme che regolano l'uso della cosa comune e le innovazioni”, dovendosi «escludere che la materia possa essere regolata dall'art. 936 cod. civ....non potendo il comproprietario essere qualificato “terzo” rispetto agli altri comproprietari del suolo» e, dall'altro, rileva che “il comproprietario leso può anche esercitare lo *ius tollendi* e pretendere la demolizione dell'opera lesiva del suo diritto, ricorrendo alla tutela in forma specifica *ex art. 2933 cod. civ.*”, il cui esercizio «debba essere coniugato con il principio di “tolleranza”, col principio di “affidamento” e con quello di “buona fede”, trattandosi, peraltro, “di principi sottesi al disposto dell'art. 936, quarto comma, cod. civ.”. Alla luce delle

Quale corollario dell'impostazione dianzi riferita, pertanto, l'applicabilità dell'accessione alla fattispecie concreta dell'opera o piantagione eseguita da un solo comunista su bene comune con altri, oltre ad essere svilita nella sua portata, in pari tempo accentuandosi oltre misura quella della comunione, correrebbe il rischio, stante la conseguente incertezza dei traffici giuridici⁵³⁴, di poter essere messa in discussione nell'ottica dell'impostazione prevalente sino al *revirement* della Suprema Corte,

considerazioni fin qui svolte, in effetti, non possono che condividersi le perplessità nutrite dalla dottrina in merito alla conclusione cui è giunta la Suprema Corte, nel senso di concedere ai comproprietari non costruttori, nonostante l'inapplicabilità dell'art. 936 c.c., sia lo *ius tollendi* che il diritto di ritenzione: v. C. BONA, *Accessione, comunione e Verwirkung*, in *Foro it.*, 2018, c. 1214 ss., il quale rileva che le sezioni unite, “nel tentativo di creare per via pretoria una disciplina che ricalchi quella dell'art. 936 c.c. (ritenuto inapplicabile), ricorrono a costrutti concettuali ai quali si è sempre guardato con sospetto e rendono labili i confini tra le forme rimediali”, rischiando di definire “una questione e... di aprirne subito altre, non meno significative”.

⁵³⁴ A ben vedere, gli operatori del diritto, pur essendo certi che l'opera o la piantagione segua le sorti del bene comune al quale accede, al contempo si troveranno, con un elevato grado di incertezza giuridica, a dover fare i conti con la sorte dei materiali e/o la forza lavoro impiegati per la realizzazione della stessa. In tale prospettiva, si pensi al notaio che, trovandosi a stipulare un atto di alienazione avente ad oggetto un terreno in comproprietà con soprastante fabbricato edificato da un solo comunista, se, da un lato, ha la certezza di “partecipare” al compimento di un atto dispositivo avente ad oggetto cose in comproprietà (il terreno comprensivo del fabbricato ivi realizzato), dall'altro, è costretto a risolvere in via interpretativa la questione circa la regolamentazione dei rapporti fra i comunisti costruttori e non. Conseguentemente, il notaio incaricato della stipula – a seguito dell'addotta inoperatività della disciplina di cui all'art. 936 c.c. – sarà posto di fronte al seguente quesito: il rapporto fra comunista costruttore e non è disciplinato dalle disposizioni dettate in materia di comunione (artt. 1102, 1108, 1120 c.c.), oppure dai principi della tolleranza, dell'affidamento e della buona fede? E, in particolare, il diritto di proprietà sulla costruzione – divenuta comune a tutti i partecipanti alla comunione del suolo in forza dell'operatività del principio dell'accessione (art. 934 c.c.) – può dirsi trasferito contestualmente al dominio del suolo, a prescindere dalla regolamentazione dei rapporti fra comunisti, oppure siffatto risultato necessiterebbe di una apposita definizione dei rapporti tra comunisti costruttori e non circa la titolarità dei materiali e/o la forza lavoro impiegati per la relativa realizzazione? Laddove la risposta dovesse essere nel senso dell'inapplicabilità della disciplina di cui all'art. 936 c.c. – e quindi attribuendosi, nella prospettiva della Suprema Corte (Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.), ai comunisti non costruttori uno *ius tollendi* e di ritenzione di creazione pretoria (C. BONA, *Accessione, comunione e Verwirkung*, cit., c. 1215) – alto sarebbe il grado di instabilità dell'atto dispositivo, non essendo l'esercizio dei suddetti diritti soggetto ad alcun esplicito limite normativo, bensì ai generali principi di tolleranza, di affidamento e buona fede. Viceversa, laddove si dimostri la diretta ed immediata applicazione della disciplina di cui all'art. 936 c.c., l'acquisto per accessione – e quindi l'atto dispositivo – potrà dirsi, almeno secondo l'impostazione più accreditata (L. BARASSI, *op. ult. cit.*, p. 333), stabile e definitivo una volta che il *dominus soli* non possa esercitare lo *ius tollendi*, oppure abbia optato nel senso della ritenzione, ai sensi e per gli effetti della specifica disciplina normativa da ultimo richiamata. Ancora, si pensi al magistrato che – una volta accertata l'operatività dell'accessione (art. 934 c.c.) in relazione all'opera o piantagione eseguita da un solo comunista su bene in comune con altri – sia poi chiamato a decidere anche le sorti dei materiali e/o la forza lavoro impiegati per la realizzazione della medesima. Il giudice dovrà sciogliere la seguente problematica: i rapporti tra comunista costruttore e non sono regolati alla luce delle disposizioni dettate in materia di comunione (artt. 1102, 1108, 1120 c.c.) e dai principi generici della tolleranza, dell'affidamento e della buona fede, oppure dalla disciplina dell'accessione eseguita da un “terzo” (art. 936 c.c.)? A bene vedere, pena il rischio di dover ricorrere ad istituti tipici di altri ordinamenti stranieri – come quello della *Verwirkung* che non può, tra l'altro, ritenersi ammissibile nel nostro sistema (sul punto, v. C. BONA, *op. cit.*, c. 1214 ss.; *contra*, v., di recente, Cass., 14 giugno 2021, n. 16743, reperibile sul sito www.pluris-cedam.utetgiuridica.it, per la quale “un'applicazione dell'obbligo di buona fede entro una qualche misura approssimabile (pur essendo il tema qui sostanziale) all'istituto della *Verwirkung* di matrice germanica, in ipotesi, potrebbe dunque aversi con riguardo ai rapporti contrattuali in essere in tempo di oggettiva crisi economica, soprattutto di durata”. Secondo il giudice, in effetti, la “*Verwirkung* nel senso appunto di abuso del diritto nel senso di subitaneo e ingiustificato *revirement* rispetto a una sua protratta opposta modalità di esercizio... costituisce un istituto idoneo a venire in gioco, anche nel nostro ordinamento, allorché appunto si prospetta un abusivo esercizio del diritto dopo una prolungata inerzia del creditore o del titolare di una situazione potestativa che per lungo tempo è stata trascurata e ha ingenerato un legittimo affidamento nella controparte”) – sarebbe opportuno, allora, che la decisione del giudice venga presa alla luce della specifica disciplina normativa di cui all'art. 936 c.c., piuttosto che in attuazione dei generici principi della tolleranza, dell'affidamento e della buona fede, nonché della disciplina della comunione che nulla esplicita al riguardo.

che faceva dell'antinomia e disarmonia tra disciplina dell'accessione e della comunione la propria forza vitale: l'idea che l'opera eseguita da un solo comunista su suolo in comune con altri sia – in quanto illegittima- di esclusiva proprietà dell'autore della stessa, paradossalmente, sembra conferire maggiore certezza e trasparenza ai traffici giuridici rispetto a quella più recente, volta a riconoscere sì la comproprietà dell'opera o piantagione a tutti i partecipanti, ma alla cui stregua i rapporti tra comunisti debbano essere disciplinati dalle disposizioni in materia di comunione o, comunque, da una disciplina dello *ius tollendi* e di ritenzione di creazione pretoria⁵³⁵.

Insomma, la recente ricostruzione, che propende per l'acquisto della comproprietà dell'opera o della piantagione in capo a tutti i partecipanti del bene comune, appare condivisibile nel risultato cui conduce, ma ulteriori precisazioni sembrano opportune in relazione alla relativa premessa di fondo nel senso dell'inapplicabilità della disciplina normativa di cui all'art. 936 c.c. Ci si riferisce, in particolare, all'idea che i rapporti tra comunisti costruttori e non siano disciplinati senz'altro dalla normativa dettata in materia di comunione (in particolare, artt. 1102, 1108 e 1120 c.c.) o, comunque, da uno *ius tollendi* o di ritenzione di creazione pretoria, essendo l'art. 936 c.c. inoperante per difetto di terzietà fra comunisti.

In primo luogo, preme sottolineare come, al riguardo, ci si debba muovere dall'avvertita necessità di trovare un'adeguata regolamentazione dei rapporti tra comunisti costruttori e non a seguito della realizzazione dell'opera o della piantagione da parte di uno solo di essi. E, in effetti, ove tale regolamentazione venga individuata nelle disciplina dettata in materia di comunione, sarebbe, quale logica conclusione, proprio la suddetta necessità di ricercare una specifica regolamentazione ad uscirne compromessa: gli artt. 1102, 1108 e 1120 c.c., non contemplando meccanismi sanzionatori in ipotesi di loro eventuale violazione, si limitano a circoscrivere le facoltà d'uso e godimento della cosa comune, piuttosto che regolamentare i rapporti tra comunisti e non a seguito dell'accessione⁵³⁶. In tale prospettiva, quindi, i suddetti rapporti continuerebbero ad essere privi di una specifica disciplina.

⁵³⁵ Cfr. *supra*, cap. I, par. 2 e 3.

⁵³⁶ A sostegno di quanto asserito nel testo, v. l'impostazione tradizionale (G. BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici*, cit., p. 58), nel senso che la normativa dettata in materia di comunione starebbe fuori dal principio *superficie*

D'altronde, l'argomentazione – almeno apparentemente suggestiva – tendente a ricostruire i rapporti tra comunisti a seguito dell'incorporazione nel contesto della disciplina sulla comunione, non sembrerebbe cogliere la natura e l'oggetto della comproprietà: se è vero che la comunione non può essere rappresentata che come mera “modificazione strutturale del diritto reale preesistente”⁵³⁷e, quindi, che “la quota non nova la qualità del diritto ma ne ripartisce l'esplicazione”⁵³⁸, sembrerebbe possibile osservare che “la sostanza della comunione è quella stessa del diritto che ne è l'oggetto, modificata dalle limitazioni che apporta al suo esercizio la moltiplicazione delle posizioni soggettive prodotta dall'attribuzione fatta a più soggetti, quell'attribuzione che ha dato vita alla situazione

solo cedit consacrato nell'art. 934 c.c. In tale prospettiva, inoltre, è significativo rilevare come l'intera disciplina della comunione/condominio sia volta a regolamentare prevalentemente il profilo gestorio – in particolare, quello di ripartizione dei vantaggi e pesi – e conservativo della cosa comune: v., per tutti, M. FRAGALI, *op. ult. cit.*, p. 394 ss., per il quale “è d'uopo distinguere questa come situazione giuridica, che è l'essere una cosa o un diritto caduto in più sfere soggettive congiunte, dal rapporto di comunione, che è la situazione di indivisione nel suo svolgersi e nel suo svilupparsi”, ove “la comunione-situazione si chiude nella immobilità della conservazione e della tutela contro gli attacchi e le minacce altrui”, laddove “la comunione-rapporto, invece, si dispiega e si muove in iniziative che seguono l'impulso della convivenza e dell'utilità, nell'ambito della libertà assicurata dall'ordinamento giuridico”. A sua volta, pertanto, «l'art. 1102 primo comma...vuole unicamente dettare una regola di convivenza dei partecipanti e di contemperamento dell'esercizio del diritto che ai partecipanti fa capo, tanto vero che ha adoperato in senso non tecnico la parola “uso”». Conseguentemente, dal “rapporto di comunione i partecipanti altro non possono desumere se non il vantaggio di una gestione unitaria, che è la risultante di un loro dovere di coordinare e moderare l'esercizio dei diritti rispettivi; un dovere che è conseguenza della congiunzione dei medesimi, i quali debbono essere regolati perché ognuno dei partecipanti abbia il suo e non anche l'altrui...la volontà della maggioranza dei partecipanti alla comunione...non può che ritenersi efficace solo per la amministrazione”. Del resto, di “amministrazione è qualificata legislativamente l'attività che interessa tutti i partecipanti (art. 1108): ed è amministrazione (straordinaria) anche la dazione dell'ipoteca per garantire la restituzione delle somme mutate per la ricostruzione o per il miglioramento della cosa comune (art. 1108 quarto comma), perché l'atto è destinato al rafforzamento di una particolare obbligazione assunta per la gestione di un interesse comune”. In conclusione, nella condivisibile prospettiva dell'a. (p. 383 ss.), le norme degli artt. 1101 ss. c.c. sono “veri e propri precetti di azione per la collettività comunitaria”, in quanto nei medesimi “si ordina il dovere essere della vita del gruppo comunitario e si regolano una pluralità di comportamenti specifici”. E, in effetti, “la comunione si rivela come ordinamento giuridico perché di tale ordinamento ha tutti i requisiti” ed in quanto “l'art. 1106 primo comma e l'art. 1138 primo comma conferiscono ai partecipanti il potere di emanare regolamenti” che «lo stesso art. 1138 in più punti (primo e quarto comma) chiama “norme” le proposizioni precettive di tali atti». In sintesi, in altri termini, se è vero che «“solo la manifestazione unanime della volontà di alienare ex art. 1108 terzo comma esula dal concetto di amministrazione” (M. FRAGALI, *op. ult. cit.*, p. 398), allora, non può che condividersi l'impostazione tradizionale (L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, cit., p. 691), alla cui stregua, essendo “necessario esaminare come si attui la gestione nell'interno del gruppo dei partecipanti alla comunione di proprietà”, il contenuto delle singole posizioni giuridiche dei partecipanti e cioè del diritto di comproprietà – così come quello del diritto di proprietà, di cui la comproprietà non è che un modo di essere – si distingue in facoltà di *godimento*, e in facoltà di *disposizione*, ove alle prime si riferiscono gli artt. 1102, 1104, 1105, alle seconde gli artt. 1103, 1108». E, pertanto, la disciplina dettata in materia di comunione (artt. 1100 ss. c.c.) avrebbe esclusivamente la funzione di delimitare il godimento e la gestione collettiva del bene comune - a mezzo della quota limite: sul punto, v. L. BARASSI, *op. ult. cit.*, p. 702, per il quale la quota è misura all'esercizio della comproprietà, cioè alle utilità e ai contributi di ognuno nei pesi - piuttosto che quella di regolamentare la sorte dominica delle addizioni migliorative o non alla medesima. Per un'impostazione simile, v. G. BRANCA, *op. ult. cit.*, p. 40, per il quale “la comunione...se riguarda la proprietà, si concreta in un diritto spettante a una comunità, fino a un certo punto organizzata, diritto la cui funzione è quella di assicurare il godimento della cosa a ciascuno dei compartecipanti”.

⁵³⁷ Così, M. FRAGALI, *op. ult. cit.*, p. 370, secondo il quale “vero è che il modo di essere del diritto viene desunto dal modo di essere del soggetto...ma non basta rilevare il presupposto soggettivamente pluralistico della comunione per risalire alla natura: questa natura va invece ricercata indagando sulla sostanza del rapporto”.

⁵³⁸ V. M. FRAGALI, *op. ult. cit.*, p. 436.

comune”⁵³⁹. E se siffatte considerazioni sono vere, allora, non è dato comprendere perché debba insistersi ad affermare una disparità di trattamento tra le modalità legali di acquisto – e quindi dell’accessione – della proprietà (art. 922 c.c.) e quelle del diritto di comproprietà: se la comproprietà non è che un modo di essere del diritto di proprietà⁵⁴⁰ e, quindi, i rapporti tra *dominus soli* e “terzo” autore dell’opera o della piantagione sono destinati ad essere regolamentati dalla disciplina di cui all’art. 936 c.c., in effetti, anche la comproprietà dovrebbe potersi acquistare con le medesime modalità d’acquisto del diritto di proprietà e, in particolare, i rapporti tra comunista costruttore e non dovrebbero essere conseguentemente regolamentati dalla normativa da ultimo richiamata.

In secondo luogo, tentandosi di ovviare a siffatta “lacuna” normativa con la creazione di una disciplina dello *ius tollendi* e di ritenzione di natura pretoria, corollario immediato sarebbe un maggiore incertezza e confusione dei traffici economici, con il rischio di una creazione, appunto per via pretoria, e quindi contraria alla riserva di legge di cui alla Costituzione (art. 42, 2° co.) ed al codice

⁵³⁹ Cfr. *supra*, cap. II, par. 1. In letteratura, v. sempre M. FRAGALI, *op. ult. cit.*, p. 378, ove si osserva che “sembra invece congruo...muovere dal rapporto di sequenza cronologica che si determina fra la situazione solitaria e la situazione comunitaria quando questa non sorge con il nascere del diritto reale: tale sequenza si risolve nell’accessione al diritto di altri soggetti o nella successione di più soggetti all’unico titolare”. Secondo l’a., in tal caso, è evidente che “si realizza una vicenda giuridica che interessa l’elemento soggettivo della fattispecie e che si concreta in una moltiplicazione soggettiva nella titolarità del diritto; vale a dire, in una modificazione del diritto stesso in rapporto al suo soggetto, in un modo di atteggiarsi del diritto”. In tale prospettiva, invece, quando “la comunione è originaria, il diritto reale nasce modificato rispetto al suo schema legale, che è tracciato avendo presente una struttura unipersonale, esclusivamente per semplificare la normativa”. A ben vedere, allora, “la posizione dei soggetti che acquistano diritti sulla stessa cosa vengono...a convergere sull’unico oggetto, e i diritti individuali debbono congiungersi in esso, così che la loro somma racchiuda l’integralità del diritto sulla cosa, come se appartenesse ad un solo soggetto”. Piuttosto, è “l’indivisione della cosa che impone quella congiunzione...in entrambi i casi, di pluralismo successivo e di pluralismo originario” e “l’alterazione che si verifica nella struttura solitaria del diritto non è prodotta soltanto dal lato formale dell’appartenenza del diritto a più soggetti, ma anche dal dato sostanziale, già rilevato, della moltiplicazione di più posizioni soggettive riguardo ad uno stesso oggetto, con la conseguenza che la sfera di libertà di ciascun titolare viene ad essere ridotta, per la necessità di permettere a tutti un esercizio anche contemporaneo nel medesimo diritto in proporzione dell’interesse che ciascuno vi ha, e in modo da conciliare l’unità dell’oggetto con la pluralità delle situazioni giuridiche”. In tale prospettiva, “il rapporto fra la cosa e il diritto non è cioè più l’unico elemento strutturale della situazione, ma si intreccia con esso il rapporto fra i soggetti ai quali il diritto appartiene; che esige un ordinato esercizio da parte di ognuno, in modo che il diritto possa veramente essere di tutti e le attuazioni di ciascuno si svolgano nel rispetto delle attuazioni degli altri”. Conseguentemente, in siffatto modo è possibile che “il risultato dell’esercizio di tutti riproduca quelli che si produrrebbe se il diritto appartenesse ad un solo soggetto”. In altri termini (p. 395), “il diritto dei partecipanti trae titolo dall’attribuzione congiunta, non dallo stato di indivisione, che non dà cosa diversa da ciò che dà il titolo”. E, in effetti, “l’indivisione modifica il diritto non nella sua sostanza, ma nella sua struttura...il rapporto che sorge dall’indivisione ha per oggetto quel diritto esclusivamente perché deve armonizzare l’esercizio cui sono legittimati coloro ai quali esso appartiene; cosicché la ragione del rapporto sta fuori dalla causa di giustificazione del diritto”. In conclusione, quest’ultimo “diviene oggetto del rapporto nella sua identità causale, così che il rapporto gli appresta soltanto un modo di esercizio adeguato alla sua struttura soggettivamente collettiva”. In senso parzialmente difforme, v. R. CALVO, *op. cit.*, p. 26, per il quale “sia sufficiente osservare che là dove il bene passi (per atto tra vivi o a titolo di morte) dall’unico titolare a due o più comproprietari *pro indiviso* non si concreta una successione nell’identico diritto di proprietà, che verrebbe così a spartirsi secondo determinate frazioni numeriche”.

⁵⁴⁰ In tal senso, v. L. BARASSI, *op. ult. cit.*, p. 691.

civile (art. 922), di una nuova figura di acquisto a titolo originario, priva di base legale. Dovendosi, come dianzi rilevato, individuare la ragione economica dell'accessione nella conservazione della ricchezza e dei valori economici, nonché nell'evitare quanto più è possibile la creazione di uno stato di comunione, la sorte dominicale dei materiali e/o forza lavoro impiegati per la realizzazione dell'opera o piantagione potrebbe, piuttosto, dirsi realizzata nel rispetto della riserva di legge in ordine ai modi di acquisto della proprietà soltanto se ed in quanto si riconosca piena operatività all'art. 936 c.c.. Diversamente opinando, in effetti, si ravvisa una certa difficoltà a collegare la sorte dei materiali e/o forza lavoro impiegati con una specifica disposizione sui modi di acquisto della proprietà, tale da rispettare a pieno la riserva di legge dianzi richiamata, non potendosi, a ben vedere, concludere che la disciplina dettata in materia di comunione (in particolare, artt. 1102, 1108, 1120 c.c.) configuri una vera e propria modalità di acquisto legale della proprietà: in tale ultima prospettiva, sarebbe una disciplina dello *ius tollendi* e di ritenzione di creazione pretoria a decidere le sorti dei materiali e/o della forza lavoro impiegati per la realizzazione dell'opera o della piantagione.

Venendo, in terzo luogo, all'argomentazione che fa dipendere l'inapplicabilità dell'art. 936 c.c. dalla mancanza di terzietà fra comunisti, non si comprende come la stessa debba coordinarsi con la struttura e funzione della comproprietà, nonché con la nozione di "terzo" di cui all'art 936 c.c.⁵⁴¹.

Nonostante a sostegno di siffatta argomentazione possa invocarsi l'infelice formulazione letterale degli artt. 936 e 937 c.c., che come già dianzi rilevato ancora oggi è fonte di notevoli discordie ermeneutiche, un'interpretazione funzionale e sistematica delle medesime disposizioni con l'istituto della comproprietà sembrerebbe suggerire l'esatto contrario. In effetti, proprio una lettura sistematica della disciplina da ultimo richiamata attenta alla natura ed alle caratteristiche strutturali della comproprietà⁵⁴², consentirebbe – come si cercherà di mettere in rilievo di seguito - di ritenere come logica

⁵⁴¹ Cfr. *supra*, cap. III, par. 7.

⁵⁴² V. *supra*, cap. II, par. 1.

l'applicazione dell'art. 936 c.c., essendo il comunista autore dell'accessione (data la struttura prevalentemente autonomista del loro diritto) terzo rispetto agli altri partecipanti alla comunione⁵⁴³.

A ciò si aggiunga come, d'altronde, una lettura funzionale della medesima disciplina giustificerebbe una applicazione dell'art. 936 c.c. estesa alla fattispecie dell'opera o della piantagione eseguita da un solo comunista su bene in comproprietà con altri, essendovi una alterità soggettiva – e quindi patrimoniale – tra comproprietario e titolare dei materiali e/o della forza lavoro impiegati per la realizzazione della medesima, alla cui stregua il comproprietario autore potrebbe essere qualificato “terzo” rispetto agli altri⁵⁴⁴.

A sostegno dell'impostazione dianzi riferita, pare il caso di rilevare come anche una parte tutt'altro che trascurabile della dottrina, discostandosi dal pur tradizionale insegnamento tendente a disconoscere l'operatività della disciplina di cui all'art. 936 c.c., opti per una ricostruzione nel senso della diretta ed immediata applicabilità della normativa da ultimo richiamata all'opera o alla piantagione eseguita da un solo comunista su bene in comproprietà con altri⁵⁴⁵.

⁵⁴³ In tal senso, v. l'impostazione di L. BARASSI, *op. ult. cit.*, p. 716. Per una simile impostazione, v. C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 258. Sul punto, cfr. *supra*, cap. II, par. 2 e *infra*, par. 2.

⁵⁴⁴ Cfr. *supra*, cap. III, par. 7.

⁵⁴⁵ Ci si intende riferire all'impostazione di G. BRANCA, *op. ult. cit.*, p. 57 ss., per il quale le opere eseguite da un solo o da alcuni comunisti che alterino la destinazione economica della cosa comune si acquistano a tutti i comproprietari ex art. 934 c.c. e, ove non ne sia chiesta la rimozione, esse vanno indennizzate ex art. 936 c.c., in quanto, se “chi si muove entro la quota non si può considerare terzo ex artt. 936 e 939 c.c.” (p. 61), allora, *a contrario* dovrebbe discendere che il comunista autore di un'attività innovativa – e quindi di un'alterazione della destinazione economica della cosa – possa qualificarsi come terzo ex art. 936 c.c.. L'a., in altre parole, esclude l'operatività del principio *superficies solo cedit* di cui all'art. 934 c.c., nonché l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 936 c.c., nelle ipotesi in cui le addizioni compiute da un solo condomino nel suo esclusivo interesse all'uso della cosa comune (*jure proprio*) non alterino la destinazione economica della stessa. È significativo, inoltre, osservare come in riferimento alle innovazioni che al contempo siano migliorative – e quindi non alterino la destinazione economica della cosa comune – sia il medesimo autore (p. 71, nota 18) ad affermare che “io ho ammesso, nelle prec. ediz., ammetto ora che ci possa essere utile gestione, ma là dove manca, non vedo perché non debbano valere i principi contenuti nell'art. 936”. A riprova del diffuso seguito dell'impostazione da ultimo citato, v., più di recente, M. PARADISO, *op. cit.*, p. 161, spec. nota 30. Per una simile impostazione, v. anche M. BASILE, *op. cit.*, p. 1307 ss., per il quale «la soluzione negativa del quesito, fondata sulla semplice affermazione che il comproprietario è pur sempre “proprietario” (per cui mancherebbe il requisito, richiesto per l'applicabilità dell'articolo in esame, all'alienità della cosa rispetto all'innovatore), potrebbe essere affrettata ed inesatta». Secondo il citato a., pertanto, “non agendo nella veste (vale a dire per la realizzazione degli interessi, e quindi nell'ambito dei poteri) di condomino l'innovatore, pur mantenendo la qualità di membro del gruppo dei comunisti, assume nella circostanza una posizione autonoma rispetto ad esso, così che viene a realizzarsi la dualità soggettiva nel compimento dell'opera e nell'appartenenza della cosa, che costituisce il presupposto per l'applicazione dell'art. 936 e la sua ragione pratica”. Nella prospettiva dell'a., in conclusione, “terzo” ai sensi della disposizione da ultimo citata “è dunque il condomino innovatore in quanto agisce come soggetto diverso dal titolare della situazione che ha per oggetto il fondo (comproprietà)”. Sul punto, cfr. *supra*, cap. II, par. 2 e cap. III, par. 7.

In conclusione, la problematica concernente l'operatività della disciplina di cui agli artt. 936 e 937 c.c. alla fattispecie dell'opera o della piantagione eseguita da un solo comunista su bene in comproprietà con altri, sembrerebbe da impennare intorno alla delineazione di una linea interpretativa in grado di coniugare la disciplina dell'accessione con quella della comunione, al contempo volta all'elaborazione di una nozione di "terzo" autore delle opere di cui agli artt. 936 e 937 c.c. che sia informata alle peculiarità strutturali e funzionali della comproprietà.

2. Segue. Ammissibilità della diretta ed immediata applicazione degli artt. 936 e 937 c.c.: il comunista autore dell'opera o della piantagione come "terzo".

Alla luce delle considerazioni svolte nel precedente paragrafo, l'impostazione della dottrina e della giurisprudenza più recenti, tendenti ad escludere – per difetto di terzietà reciproca tra comunisti - l'applicazione estensiva della disciplina normativa di cui all'art. 936 c.c. all'opera o alla piantagione eseguita da un solo comunista o da alcuni di essi su bene comune, merita più di una riflessione. È innegabile, infatti, che il comproprietario autore di un'innovazione della cosa comune, già semplicemente agendo "come soggetto diverso dal titolare della situazione che ha per oggetto il fondo (comproprietà)"⁵⁴⁶, debba essere assimilato al "soggetto che non abbia alcun potere sulla cosa (rispetto al quale cioè questa si trovi in condizioni di alienità) che a quella di un comproprietario della stessa" e, quindi, qualificarsi come "terzo" ai sensi e per gli effetti della disposizione legislativa da ultimo citata⁵⁴⁷.

Non a caso, in una ricostruzione ancora attuale, la tematica dell'applicazione estensiva dell'art. 936 c.c. all'opera o alla piantagione eseguita da un solo comunista è stata accostata a quella delle addizioni eseguite dal possessore illegittimo di una cosa per il caso in cui egli sia stato giudizialmente condannato a restituirla al rivendicante (art. 1150, 5° co., c.c.), in quest'ultima ravvisandosi "un'ipotesi legislativamente prevista di applicazione dell'accessione fra comproprietari, ed

⁵⁴⁶ In tale senso, v. M. BASILE, *op. cit.*, p. 1308.

⁵⁴⁷ V. M. BASILE, *op. cit.*, p. 1307.

un'indiretta conferma della forma estensiva cui può interpretarsi l'art. 936 c.c.”⁵⁴⁸: in tale prospettiva, se è vero che l'azione di rivendica possa essere esercitata dai comproprietari fra di loro (uno di essi agisce nei confronti dell'altro che posseda da solo, senza titolo ma in buona fede, l'intera cosa comune), in base alla citata prescrizione legislativa l'applicabilità dell'art. 936 c.c. nei rapporti fra condomini non potrebbe escludersi⁵⁴⁹.

Quindi, le ricostruzioni – ancorché apparentemente suggestive – tendenti a negare una applicazione estensiva della disciplina integrativa dell'accessione (artt. 936-938 c.c.) non paiono cogliere nel segno, per tutta una serie di considerazioni.

Nel quadro di un'interpretazione sistematica della disciplina di cui agli artt. 936 e 937 c.c. con quella della comunione, e dunque alla luce delle peculiarità del rapporto di comunione, sembrerebbe possibile, insomma, giungere alla conclusione nel senso della diretta ed immediata applicabilità della disciplina da ultimo richiamata.

Nella prospettiva del rapporto di comunione, in effetti, ogni compartecipe sembrerebbe da qualificare ontologicamente come “terzo”⁵⁵⁰. Dal punto di vista della disciplina integrativa dell'accessione di cui agli artt. 936 e 937 c.c., inoltre, non sarebbe azzardato qualificare ogni comunista come “terzo”, non avendo questi, almeno secondo l'impostazione più diffusa, nessun rapporto con il *dominus soli* o, comunque, alcun tipo di legittimazione all'edificazione sul suolo di altri⁵⁵¹.

Anche alla luce di una interpretazione funzionale della disciplina di cui agli artt. 936 e 937 c.c., del resto, l'idea secondo cui il comunista autore dell'opera o della piantagione debba considerarsi “terzo”, troverebbe terreno fertile: se è vero che la *ratio* ispiratrice della disciplina da ultimo richiamata debba essere ravvisata nell'esigenza di dirimere il conflitto sussistente tra i contrapposti interessi

⁵⁴⁸ Cfr., in tale senso, M. BASILE, *op. cit.*, p. 1309.

⁵⁴⁹ Cfr. sempre M. BASILE, *op. loc. cit.* Secondo l'a., in effetti, «l'affermazione, fatta in giurisprudenza, che anche a proposito dell'art. 1150 “viene in considerazione l'opera di un terzo su cosa appartenente ad altri” non è dimostrata, né dimostrabile: parlando di “possessore” e non ricorrendo all'equivoca espressione “terzo”, il legislatore in questo articolo ha inteso riferirsi, senza distinzione, a qualunque soggetto, tranne naturalmente il rivendicante, che posseda la cosa; non si vede su quale base potrebbe fondarsi l'esclusione fra questi del comproprietario». L'a. (p. 1310), in conclusione, rileva che “allo stesso modo dell'art. 936 c.c., l'art. 938 c.c. trova nel caso in esame applicazione (non analogica ma) diretta (anche se mediante una interpretazione estensiva)”.

⁵⁵⁰ Cfr. *supra*, cap. II, par. 2.

⁵⁵¹ V. *supra*, cap. III, par. 7.

del *dominus soli* e del titolare dei materiali e/o forza lavoro impiegati, nonché di evitare quanto più è possibile inutili distruzioni di ricchezza, secondo quanto già rilevato, la terzietà di cui agli artt. 936 e 937 c.c. dipenderebbe da un'alterità soggettiva tra *dominus soli* e titolare dei materiali e/o forza lavoro impiegati per la realizzazione delle opere o piantagioni. Di conseguenza, sarebbe "terzo" ai sensi degli artt. 936 e 937 c.c. un qualsiasi soggetto che impiega materiali e/o forza lavoro propri (art. 936 c.c.) o di altrui titolarità (art. 937 c.c.) per eseguire un'opera o una piantagione su un bene di proprietà di altro soggetto⁵⁵².

Così, applicando simili considerazioni alla fattispecie dell'opera o della piantagione eseguita da un solo comunista su bene comune con altri, sembrerebbe senz'altro possibile avanzare l'idea che il comproprietario autore dell'opera additiva debba essere considerato "terzo" ai sensi degli artt. 936 e 937 c.c. non tanto e/o non solo perché questi non abbia alcun rapporto giuridico con il *dominus soli* (cioè gli altri partecipanti), oppure sia privo della legittimazione a costruire sul bene comune⁵⁵³, ed abbia compiuto l'addizione in violazione della normativa sulla comunione⁵⁵⁴ (e quindi alterando oggettivamente la destinazione economica della stessa⁵⁵⁵), ma, piuttosto, in quanto egli abbia la titolarità esclusiva dei materiali e/o della forza lavoro impiegati sul bene altrui (art. 936 c.c.), ovvero sia soltanto privo del dominio dei materiali di titolarità altrui (art. 937 c.c.)⁵⁵⁶.

⁵⁵² Così, in sostanza, M. BASILE, *op. cit.*, p. 1306, secondo il quale, appunto, «il vero è però che nell'art. 936 quell'espressione non sta ad indicare il soggetto che non sia "parte" in un certo rapporto giuridico col proprietario», infatti, confrontando "tale disposizione con quelle contenute negli artt. 935 e 937 è facile desumere che, mentre queste ultime hanno riguardo all'esecuzione di opere da parte – rispettivamente – di un soggetto che sia proprietario del suolo e non dei materiali e di un soggetto che non sia proprietario né dell'uno né degli altri, quella contenuta nell'art. 936 ha riguardo all'ultima possibile: che le opere siano eseguite da un soggetto al quale appartengano i materiali e non il suolo". Secondo l'a., allora, "l'art. 936 deve dunque applicarsi, salvo che risulti il contrario da un titolo o dalla legge, in tutti i casi in cui qualcuno con materiali propri compie delle opere sopra un immobile che non ha in proprietà". Sul punto, cfr. *supra*, cap. III, par. 7.

⁵⁵³ Per tale impostazione sulla nozione di "terzo" ex art. 936 c.c., in generale, cfr. *supra*, cap. III, par. 7 e la dottrina e la giurisprudenza ivi citate.

⁵⁵⁴ L'ipotesi dell'applicazione estensiva della disciplina di cui all'art. 936 c.c. alla fattispecie dell'opera additiva eseguita da un solo comunista senza il consenso degli altri per violazione della normativa dettata in materia di comunione è presa in considerazione da G. A. M. TRIMARCHI, *Edificazione su suolo comune da parte del comunista senza il consenso degli altri* (Studio civilistico n. 175-2008/C, approvato dalla Commissione Studi Civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato il 29 maggio 2008).

⁵⁵⁵ In questi termini, v. M. PARADISO, *op. cit.*, p. 161 ss. Sul punto cfr. *supra*, cap. III, par. 6.5.

⁵⁵⁶ Pare cogliere nel segno l'argomentazione - per la quale v. M. BASILE, *op. cit.*, p. 1307 - che, facendo leva sulla differente posizione del proprietario unico e del condomino, giunge a rilevare come "non agendo nella veste (vale a dire per la realizzazione degli interessi, e quindi nell'ambito dei poteri) di condomino l'innovatore, pur mantenendo la qualità di membro del gruppo dei comunisti, assume nella circostanza una posizione autonoma rispetto ad esso, così che

In sintesi, la terzietà del comunista, ai sensi e per gli effetti degli artt. 936 e 937 c.c., sembra debba dipendere dall'alterità soggettiva – e quindi patrimoniale – tra *dominus soli* e titolare dei materiali e/o della forza lavoro impiegati per la realizzazione dell'opera additiva⁵⁵⁷.

In conclusione, sul punto, potrebbe dirsi che il comunista sia “terzo” ex artt. 936 e 937 c.c. ogni qualvolta il suo comportamento risulti caratterizzato da un'alterità soggettiva – e quindi patrimoniale – tra *dominus soli* e titolare dei materiali: tendenzialmente, quindi, il comunista autore dell'opera additiva è alieno (*i.e.* terzo) rispetto alla titolarità del bene comune, in quanto quest'ultimo, seppur in parte, appartiene agli altri comproprietari⁵⁵⁸, e dei materiali impiegati, in quanto quest'ultimi appartengono ad altri (art. 937 c.c.). D'altronde, l'estraneità (*i.e.* terzietà) del comunista autore dell'addizione che impieghi materiali e/o forza lavoro di propria titolarità (art. 936 c.c.) dovrebbe ricavarsi, argomentandosi *a contrario*, dalla terzietà dei comproprietari del bene comune rispetto alla relativa titolarità: se è vero che gli altri partecipanti alla comunione siano totalmente estranei (*i.e.* terzi) rispetto ai materiali e/o forza lavoro impiegati da uno solo o alcuni di essi, allora, *a contrario*, dovrebbe arguirsi la terzietà del titolare di quest'ultimi relativamente a costoro.

Ad ogni buon conto, quindi, appare evidente come il bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco – in particolare, quello del *dominus soli* alla conservazione dell'aumento di valore oppure a non essere vittima di indebite ingerenze altrui nella propria sfera patrimoniale e quello del titolare dei materiali e/o forza lavoro impiegati per la realizzazione dell'opera additiva - attenga al profilo dei valori reali, alla cui stregua la tutela degli stessi non potrà che avvenire a mezzo dell'applicazione del principio generale dell'accessione di cui all'art. 934 c.c. e delle disposizioni integrative contenute negli artt. 936 e 937 c.c. Quale immediato corollario, siffatta impostazione, infatti, sembra permettere la conservazione della nuova opera (art. 934 c.c.)⁵⁵⁹, la tutela dell'affidamento dell'innovatore,

viene a realizzarsi la dualità soggettiva nel compimento dell'opera e nell'appartenenza della cosa, che costituisce il presupposto per l'applicazione dell'art. 936 e la sua ragione pratica”.

⁵⁵⁷ Così, sostanzialmente, M. BASILE, *op. cit.*, p. 1307.

⁵⁵⁸ Sul punto, v. C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 258.

⁵⁵⁹ Sul punto, cfr. M. BASILE, *op. cit.*, p. 1312, secondo il quale “la cui proprietà viene acquistata dai condomini senza bisogno di un apposito atto traslativo ed anche in presenza di un'eventuale volontà contraria dell'innovatore (mentre se si aderisse alla concezione prevalente l'opera resterebbe di quest'ultimo, ma, in quanto illegittima, sarebbe soggetta ad essere distrutta)”.

fondato sulla mancata opposizione dei comproprietari, e della sua buona fede (art. 936, 4°co., c.c.), nonché il soddisfacimento dell'esigenza di sollecite composizioni dei conflitti di interessi, al fine della certezza delle situazioni giuridiche (art. 936, 5°co., c.c.)⁵⁶⁰.

A ciò si aggiunga come l'accoglimento dell'impostazione prevalente che in questa sede si intende contestare, secondo cui l'art. 936 c.c. non sarebbe applicabile nei rapporti fra condomini, determinerebbe "il grave ed ingiustificato inconveniente di riservare all'innovatore che sia comproprietario dell'immobile un trattamento meno favorevole di quello che spetterebbe all'innovatore che non abbia alcun diritto sullo stesso, in quanto gli precluderebbe la possibilità – che invece ha quest'ultimo – di giovare dei vantaggi offerti dall'articolo in esame"⁵⁶¹.

Non si riesce, insomma, a comprendere perché continui a sostenersi, tra l'altro in modo condivisibile, la piena applicabilità del principio generale dell'accessione (art. 934 c.c.) senza però la relativa disciplina integrativa di cui agli artt. 936 e 937 c.c., se è chiaro, anche alla giurisprudenza più recente, che la *ratio* ispiratrice della disciplina dell'accessione debba essere individuata nella regolamentazione dei contrapposti interessi in gioco del comunista costruttore e non, cioè, nell'ottica dei principi della tolleranza, dell'affidamento e della buona fede, comunque sottesi alla disciplina di cui all'art. 936 c.c.⁵⁶².

In altri termini, svilire la portata applicativa della disciplina dell'accessione sulla base della congettura – e quindi dell'indimostrata convinzione – della mancanza di terzietà fra comunisti, sembrerebbe essere un'impostazione dalla quale non possono che prendersi le debite distanze⁵⁶³.

⁵⁶⁰ V. sempre M. BASILE, *op. cit.*, p. 1313.

⁵⁶¹ Così, M. BASILE, *op. cit.*, p. 1310.

⁵⁶² È proprio questa, non a caso, la conclusione cui sembra pervenire Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., nell'affermare che «l'esercizio dello *ius tollendi* debba essere coniugato con il principio di "tolleranza", col principio di "affidamento" e con quello di "buona fede"», trattandosi di "principi sottesi al disposto dell'art. 936, quarto comma, cod. civ.". Sul punto, v. *supra*, cap. I, par 3.

⁵⁶³ In questi termini, v. M. BASILE, *op. cit.*, p. 1303, secondo il quale, appunto, "ammettere, come si è fatto talvolta in giurisprudenza, l'applicabilità del principio d'accessione e non anche quella dell'art. 936 è soluzione che non può essere manifestamente accettata sol che si pensi alle conseguenze del tutto insoddisfacenti che ne derivano". Il citato a., inoltre, condivisibilmente rileva "se si volesse escludere l'impiego nella situazione in esame dell'art. 936 occorrerebbe necessariamente rinunciare anche all'utilizzazione del principio di accessione; ma ciò – si è già visto – non sarebbe legittimo".

Il difetto di terzietà fra comproprietari, alla luce delle considerazioni svolte, non sarebbe, insomma, affatto scontato, in quanto un tale convincimento dovrebbe essere concordato da un'analisi di più ampio respiro, che coinvolga l'istituto della comunione in combinazione con quello dell'accessione. Solamente in siffatto modo, in effetti, sarebbe possibile tracciare un percorso esegetico in grado di coniugare la disciplina dell'accessione con quella della comunione. E, inoltre, così procedere con maggiore facilità a marcare il confine tra le ipotesi di opera additiva "illecita" – in quanto contraria alle norme dettate in materia di comunione dagli artt. 1102, 1108 e 1120 c.c. – e non su un bene in comune⁵⁶⁴, scongiurandosi definitivamente l'assunto di fondo alla cui stregua debba ravvisarsi un rapporto di genere a specie tra normativa della comunione e quella dell'accessione⁵⁶⁵.

Come si metterà in rilievo di seguito⁵⁶⁶, la disciplina dell'accessione potrebbe, invece, coniugarsi perfettamente con quella della comunione, prendendo atto dell'operare delle medesime su piani differenti: se è vero che gli artt. 936 e 937 c.c. devono applicarsi salvo che risulti il contrario da un titolo o dalla legge, e che la disciplina della comunione non possa dirsi assolutamente derogatoria della prima, rimarcandosi l'assenza di un rapporto di *genus ad speciem*, allora, anche nella fattispecie qui al vaglio, sembrerebbe debba rilevarsi come la disciplina dell'accessione continui a regolamentare il profilo attinente la sorte dominicale dei materiali e/o forza lavoro impiegati per l'esecuzione della

⁵⁶⁴ Secondo l'impostazione più accreditata in dottrina (M. BASILE, *op. cit.*, p. 1307) occorre tenere presente che le disposizioni degli artt. 1108 e 1120 c.c. vietano ai singoli comproprietari di eseguire nella cosa comune nuove opere, richiedendo a tal fine determinate maggioranze. Ne deriva che "un'eventuale innovazione, la quale è legittima se compiuta dal proprietario unico, non lo è se compiuta da un condomino". Senza alcuna pretesa di anticipare quanto sarà di seguito ampiamente svelato, allora, basti qui rilevare come l'innovazione compiuta da un solo comunista su bene debba essere, nell'orbita della disciplina normativa della comunione (artt. 1108 e 1120 c.c.), "illecita" e, nella prospettiva della normativa sull'accessione (artt. 934 ss. c.c.), "lecita".

⁵⁶⁵ L'ideologia di fondo che tra accessione e comunione vi debba essere un rapporto di genere a specie sostanzialmente continua a trapelare in senso alla giurisprudenza più recente: v. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., la quale, pur avendo condivisibilmente affermato che tra accessione e comunione non sussista alcun rapporto tra *genus ad speciem*, di fatto sembrerebbe contraddirsi laddove giunge a ritenere che "la disciplina giuridica che deve regolare i rapporti tra comproprietario costruttore e comproprietario non costruttore vada ricavata dalle norme che regolano la comunione: innanzitutto, dalle norme che regolano l'uso della cosa comune e le innovazioni".

⁵⁶⁶ Cfr. *infra*, par. 5.

stessa⁵⁶⁷, laddove quella della comunione assolve alla diversa funzione di garantire una gestione – in particolare, un’amministrazione - unitaria del bene comune⁵⁶⁸.

Del resto, pare il caso di rilevare come, già in passato, la dottrina e la giurisprudenza – sul presupposto che l’art. 1102 c.c. operi al di fuori del principio *superficie solo cedit* di cui all’art. 934 c.c. e, quindi, della disciplina di cui all’art. 936 c.c. - si siano poste il problema della disciplina da applicare alle spese fatte o da fare per l’addizione migliorativa – e quindi tale da non alterare la destinazione della cosa comune – compiuta arbitrariamente (senza preventiva delibera o approvazione degli altri partecipanti) da un solo comunista sulla cosa comune.

L’impostazione più accreditata, in effetti, era orientata nel senso di accordare agli altri comunisti la scelta fra lo speso e il migliorato: il compartecipe che abbia operato le innovazioni risulta considerato come terzo, e quindi trattato a norma dell’art. 936 c.c. (una volta operata da parte degli altri la scelta tra la ritenzione e l’invito alla rimozione delle innovazioni; in questa seconda alternativa, minimo fra speso e migliorato), comunque come un possessore di mala fede, poiché a conoscenza di non essere il solo proprietario, e quindi da trattare analogamente in virtù dell’art. 1150 c.c.⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ Sulla *ratio iuris* della disciplina dell’accessione, v. quanto colto magistralmente da G. GORLA, *L’accessione nel diritto civile italiano*, cit., p. 145. Sul punto, v., inoltre, *supra*, cap. III.

⁵⁶⁸ Sulla funzione della comunione, cfr. M. FRAGALI, *op. ult. cit.*, p. 394 ss. In giurisprudenza, da ultimo, v. sempre Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit. Sulla tematica, v. *supra*, cap. II.

⁵⁶⁹ Sul punto, cfr. G. BRANCA, *op. ult. cit.*, p. 69 ed autori e giurisprudenza ivi citati alla nota 5. Il citato a., invocando una nota sentenza della Suprema Corte (ivi, nota 6), inoltre, si pone l’interrogativo se il miglioramento sia stato compiuto o meno dal comunista quale *negotiorum gestor* (art. 2028 ss. c.c.), oppure come semplice compartecipante che cura i propri interessi. In tale prospettiva, l’a. significativamente rileva (p. 69 ss.) che laddove sulla cosa comune siano state compiute innovazioni che al contempo costituiscano anche migliorie, potrebbe ravvisarsi un’utile gestione ex art. 2028 ss. c.c. oppure un mandato tacito, cosicché in entrambe le ipotesi il gestore ed il mandatario avrebbero diritto al rimborso delle spese. In conclusione, secondo l’autore (p. 70 ss.) “ne deriva che normalmente, se la modificazione non è troppo vistosa, il comunista è gestore” mentre “nei casi in cui l’innovazione benché vantaggiosa, non sia tale da rientrare nello schema dell’utile gestione, gli altri comunisti, ammenoché la maggioranza qualificata non l’imponga, sono liberi di accettarla o di respingerla e, se l’accettano, pagano il minimo fra lo speso (materiali più lavoro) e il migliorato”. Infatti, “il partecipante ha superato i limiti del suo diritto, ha costruito in proprio ma anche *in alieno*, quasi che fosse un terzo, e, poiché normalmente lo sa, si presume in mala fede: valgono gli art. 936, 939, 2° comma e 1150 insieme con la norma esaminata”. Perciò, “se i miglioramenti cessano di sussistere e non sono mai stati utilizzati dagli altri comunisti, non si ha diritto a rimborso (art. 1150 2° comma)” ed inoltre “non v’ha dubbio, a mio parere, e devo sottolinearlo poiché mi si è attribuita un’opinione diversa, che, se i compartecipi i quali avrebbero potuto disporre l’opera (unanimità o maggioranza) non si sono opposti, pur scienti, o se il costruttore era in buona fede, la costruzione resta (arg. art. 936) e l’indennizzo si regola secondo si è detto proprio adesso: non si ratta tanto di applicare quella norma alla comunione quanto di estrarne principi o di estenderla almeno per analogia; del resto sarebbe irrazionale trattar peggio del terzo il comunista in un sistema come il nostro dove la correttezza, la buona fede, l’onere connesso alla scienza delle situazioni hanno larga parte e perciò tanto più dovrebbero contare fra chi utilizza lo steso bene, starei per dire, in convivenza. Del caso in cui l’opera si fatta non da un condomino ma da un terzo è superfluo parlare poiché valgono sicuramente gli art. 934 e segg., 1150 e, nei rapporti fra comunisti, l’art. in esame (ripartizione dell’indennizzo *pro quota*)”.

3. Lo *ius tollendi* dei comunisti non costruttori.

Alla luce delle considerazioni svolte, quindi, una volta accertato che non si riversi nel divieto di cui all'art. 936, 4° e 5° co., c.c. (scienza e mancata opposizione dei comunisti non costruttori oppure buona fede del comunista costruttore, decorso del termine di sei mesi dalla notizia dell'incorporazione), i comproprietari (non costruttori) avranno la facoltà *ex lege* di ritenere o rimuovere (*ius tollendi*) le piantagioni, le costruzioni e le opere eseguite da uno o da alcuni di essi, a spese e responsabilità di quest'ultimo⁵⁷⁰.

Nel prosieguo del paragrafo ci si soffermerà innanzitutto sul diritto alla rimozione (*ius tollendi*) dei comproprietari, riservando all'altra opzione (la ritenzione) il paragrafo successivo.

Preliminarmente, occorre rilevare come l'effetto rimotivo scaturente dall'esercizio dello *ius tollendi* possa prospettarsi sia nella fattispecie dell'opera o della piantagione eseguita dal comunista in violazione – e quindi “illecitamente” - della disciplina dettata in materia di comunione (artt. 1102, 1108 e 1120 c.c.) che, viceversa, in quella in cui l'addizione debba dirsi legittimamente compiuta nel rispetto della normativa da ultimo citata.

A ben vedere, nella prima ipotesi, il comunista ha agito inibendo l'uso paritario della cosa comune degli altri partecipanti e/o alterando la destinazione della stessa (art. 1102 c.c.), nonché in assenza di una specifica deliberazione della maggioranza calcolata ai sensi di legge (art. 1108, 1120 e 1121 c.c.). E, allora, nell'ottica della funzione amministrativa della disciplina dettata in materia di comunione, le spese di gestione ed amministrazione dell'addizione risultano pur sempre destinate a ricadere - in virtù del concorso proporzionale dei comunisti nei vantaggi e nei pesi della comunione (art. 1101, 2° co., c.c.) - *pro quota* anche su tutti i partecipanti (costruttori e non) che abbiano comunque beneficiato di una miglioria. Dal punto di vista dei valori di natura reale, e quindi della sorte dominicale dei beni interessati dall'accessione, in effetti, tutti i comunisti (costruttori e non),

⁵⁷⁰ Sulla disciplina generale dell'accessione compiuta da un “terzo” con materiali propri, v. *supra*, cap. III, par. 5.

secondo l'impostazione tradizionale che qui si intende condividere⁵⁷¹, sarebbero divenuti comproprietari dell'addizione in virtù della regola dell'immobilizzazione, ma, rispetto ai materiali e/o alla forza lavoro impiegati per la realizzazione della stessa, viceversa, non potrebbero dirsi ancora titolari⁵⁷².

In altri termini, già alla luce di siffatte considerazioni, sembrerebbe evidente come tra la disciplina di cui all'art. 936 c.c. e quella di cui agli artt. 1100 ss. c.c. non vi sia alcun tipo di sovrapposizione funzionale, ognuna avendo *ratio* ed effetti differenti: la prima, come già dianzi rilevato, regola la sorte dominicale del bene interessato dall'incorporazione, nonché dei materiali e/o forza lavoro impiegati per la realizzazione della stessa, laddove la seconda dovrebbe regolamentare i criteri di ripartizione delle spese di manutenzione, gestione, amministrazione, uso e godimento della cosa comune, ivi incluse quelle attinenti alle accessioni della medesima. E, al riguardo, volendo applicare i principi delle discipline da ultimo richiamate alla fattispecie dell'opera o piantagione eseguita da un solo comunista o da alcuni di essi su bene comune con altri, sembra debba rilevarsi come la normativa sull'accessione, e quindi il principio generale di cui all'art. 934 c.c. integrato dalla disciplina di cui all'art. 936 c.c., disponga nel senso che i materiali e/o forza lavoro impiegati per l'esecuzione dell'addizione possano divenire – in caso di mancato esercizio dello *ius tollendi* – di contitolarità a tutti i partecipanti alla comunione, laddove quella sulla comunione sia volta a regolamentare le modalità ed i criteri di uso, godimento, amministrazione, conservazione e manutenzione di quei materiali e forza lavoro divenuti comuni a tutti (artt. 1100 ss. c.c.).

Pertanto, è sì vero che, rispetto al bene - interessato dall'incorporazione - originariamente in comune, i comunisti non costruttori potrebbero far valere, a difesa del diritto di proprietà di

⁵⁷¹ In tale prospettiva, v. quanto osserva magistralmente G. GORLA, *op. cit.*, p. 146, per il quale “di acquisto del dominio si può parlare solo rispetto ai materiali congiunti al fondo e formanti l'edificio o altra opera, non rispetto all'edificio o alla nuova opera che ne risulta, perché questi si identificano, si immedesimano col fondo, il quale è concepito come unità: altrimenti si dovrebbe dire che anche il proprietario del fondo che edifica con materiali propri *acquista* la proprietà dell'edificio, mentre invece egli non fa che trarre nuove utilità dal proprio fondo”.

⁵⁷² Secondo l'impostazione (L. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, cit., p. 333) che qui si intende condividere, l'accessione “si opera con la semplice e stabile incorporazione, di pieno diritto”, cioè “quando siano escluse la separazione o la reclamabilità”, ovvero il proprietario non incorporatore “rinunzi alla rimozione”. In tale prospettiva, pertanto, i comunisti, sino a quando non possano dirsi escluse la separazione o la reclamabilità, ovvero la rinunzia alla rimozione, non potrebbero dirsi ancora titolari rispetto ai materiali e/o forza lavoro impiegati.

titolarità di ciascuno *pro quota*, le loro ragioni a mezzo delle ordinarie azioni petitorie e possessorie⁵⁷³, però, i medesimi per poter esercitare le proprie ragioni in ordine ai materiali e/o alla forza lavoro impiegati devono necessariamente ricorrere alla disciplina di cui all'art. 936 c.c., optando per la ritenzione - e quindi per l'acquisto della titolarità degli stessi – oppure in alternativa per la rimozione degli stessi, a mezzo dell'esercizio di un diritto potestativo (*ius tollendi*) nei confronti del comunista autore dell'addizione, nonché titolare dei materiali e/o forza lavoro⁵⁷⁴.

In conclusione, l'opzione dei comunisti (non costruttori) nel senso della rimozione dell'addizione - e quindi della sopportazione della relativa spesa in capo all'autore (art. 936, 3° co., c.c.) - sembrerebbe suggerire di integrare la disciplina dell'accessione con quella della comunione anche nel caso in cui si tratti di addizione “illecita”, cioè compiuta in violazione di quest'ultima: i comunisti non costruttori, sul piano dei valori di natura reale, potrebbero dirsi comproprietari dei materiali e/o della forza lavoro impiegati soltanto a seguito del mancato esperimento dello *ius tollendi* o della ritenzione, ma, *medio tempore*, è molto probabile che gli stessi, sotto il profilo dell'amministrazione della cosa comune, abbiano beneficiato di un miglioramento (si pensi all'ipotesi di un terreno che venga edificato). Pertanto, le spese per l'uso, il godimento, la manutenzione e la conservazione della cosa divenuta comune a seguito dell'immobilizzazione dovrebbero ricadere su tutti i partecipanti, anche se trattasi di addizione “illecita”. E, invece, le spese e la responsabilità di rimozione gravano esclusivamente sul comunista costruttore. Tutt'al più, trattandosi di addizione “illecita”, qualche dubbio potrebbe sorgere in merito alla ripartizione delle spese sorte in occasione della realizzazione della medesima.

⁵⁷³ Così, v. sostanzialmente M. BASILE, *op. cit.*, p. 1309.

⁵⁷⁴ A ben vedere, agendo in violazione della normativa sulla comunione, il comunista autore dovrebbe dirsi tendenzialmente in mala fede e, quindi, non trovando applicazione la disposizione dell'art. 936, 4° co. c.c., agli altri partecipanti dovrebbe sempre essere riconosciuta la facoltà (art. 936, 1° co., c.c.) di scegliere tra la ritenzione o la rimozione. Più in generale, nel senso che il comunista arbitrariamente autore dell'innovazione debba essere considerato “terzo” in mala fede ai sensi dell'art. 936 c.c., nonché possessore di mala fede, ai sensi dell'art. 1150 c.c., v. G. BRANCA, *op. ult. cit.*, p. 71. Per completezza, però, pare il caso qui di rilevare come anche il comunista che compie l'opera in violazione della disciplina sulla comunione possa considerarsi in buona fede quando agisce con l'“acquiescenza” degli altri: v. sostanzialmente G. BRANCA, *op. ult. cit.*, p. 70.

Venendo alla seconda ipotesi dianzi prospettata, viceversa, il comunista compie l'addizione rispettando l'uso paritario della cosa comune degli altri partecipanti e la destinazione impressa alla medesima (art. 1102 c.c.) o, comunque, in attuazione di una specifica delibera assembleare adottata con le maggioranze richieste dalla legge (1108, 1120 e 1121 c.c.).

In linea di principio, pertanto, non sembra possa nutrirsi alcun dubbio circa la diretta ed immediata applicabilità della disciplina integrativa di cui all'art. 936 c.c. E, quindi, restando nell'ambito del profilo concernente i valori di natura reale, essendosi l'addizione compiuta nel pieno rispetto delle disposizioni dettate in materia di comunione, a maggior ragione sembra debba concludersi nel senso che gli altri partecipanti acquistino la comproprietà dell'opera in virtù della regola dell'immobilizzazione e, con riguardo ai materiali e/o forza lavoro impiegati, abbiano la facoltà di scelta tra la ritenzione o la rimozione degli stessi (*ius tollendi*). Sotto il profilo funzionale della disciplina della comunione, allora, gli altri partecipanti, beneficiando dell'opera, sono tenuti alle spese di uso, godimento, amministrazione, manutenzione e conservazione della cosa divenuta comune, anche laddove si dovesse optare per la rimozione. In quest'ultimo caso, le sole spese di rimozione e responsabilità, analogamente alla prima fattispecie dianzi richiamata, dovrebbero ricadere esclusivamente sull'autore dell'opera, della costruzione o della piantagione.

A bene vedere, peraltro, le considerazioni da ultimo svolte necessitano di ulteriori precisazioni.

Muovendo dal profilo funzionale della comunione, l'impostazione più accreditata è nel senso di vagliare le modificazioni apportate dai compartecipi, distinguendosi fra le opere che non alterano la destinazione (art. 1102 c.c.) e quelle che invece la mutano (artt. 1108, 1120 e 1121 c.c.)⁵⁷⁵.

⁵⁷⁵ In questi termini, cfr. G. BRANCA, *op. ult. cit.*, p. 57. Secondo l'a., in effetti, "occorre adesso parlare un po' di più delle modificazioni apportate dai compartecipi; entro le quali si deve distinguere fra α) le opere che alterano la destinazione economica della cosa (innovazioni: *infra*, n. I, *sub* art. 1108) e β) quelle che invece non la mutano". Le prime "possono essere state apportate da tutti i compartecipanti o su loro mandato o, quando costituiscano migliorie, per volontà della maggioranza: e allora sono legittime... poiché riguardano tutta la comunione e in virtù del principio contenuto negli art. 818 e 934 esse seguono la sorte della cosa, sono un suo prolungamento e perciò il diritto dei comunisti vi si estende nella stessa misura che vale per essa"; in tale prospettiva, allora, "dall'accordo o dalla volontà collegiale scaturisce l'impegno o l'obbligo a pagarne proporzionalmente le spese, mentre la loro appartenenza *pro parte* a ciascuno dei comunisti è effetto della norma contenuta a seconda dei casi negli art. 934 (*superficies solo cedit*) e 817-818 (destinazione a pertinenza) combinata col precetto dell'articolo in esame" e "l'opera, qualunque essa sia, segue la sorte del bene comune

Preliminarmente, deve chiarirsi come le modificazioni volte ad alterare la destinazione della cosa comune (art. 1102 c.c.), nonché compiute in assenza di una specifica delibera adottata ai sensi di legge (art. 1108, 1120 e 1121 c.c.), inerendo alla prima ipotesi dianzi prospetta, siano illegittime, essendo state eseguite in violazione della disciplina dettata in materia di comunione.

Alla luce di quest'ultima considerazione, allora, pare opportuno condurre l'analisi soffermandosi, in primo luogo, sulle modificazioni apportate dai comunisti che non alterino la destinazione e non impediscano l'uso paritario della cosa comune. In una tale prospettiva, il partecipante, nel proprio interesse, compie a proprie spese una modificazione della cosa comune necessaria al migliore godimento della stessa (art. 1102, 1° co., secondo periodo, c.c.)⁵⁷⁶.

Venendo, invece, alle modificazioni volte ad alterare la destinazione della cosa comune, il comunista potrebbe compiere un'innovazione che, previa adozione di una specifica delibera adottata ai sensi di legge (artt. 1108 e 1120 c.c.), vada ad alterare la destinazione della cosa migliorandola o, comunque, consentendo un più redditizio o più comodo godimento del bene comune⁵⁷⁷.

Quanto dianzi considerato sembrerebbe condurre a un primo punto fermo nel ragionamento che si sta svolgendo in questa sede: la miglioria o l'innovazione diventano di comproprietà a tutti i partecipanti alla comunione⁵⁷⁸; i comunisti non costruttori, in virtù del principio dell'accessione (art. 934 c.c.) e della disciplina integrativa di cui all'art. 936 c.c., possono optare per la ritenzione, così acquistando anche la titolarità dei materiali e/o forza lavoro impiegati per la realizzazione della stessa,

su cui è stata elevata e perciò cade in dominio dell'ente comunione...è naturale che i partecipanti ne godano in ragione della misura (quota) d'appartenenza a quell'ente". Le seconde ("modificazioni"), invece, "che non alterano la destinazione della cosa, quando hanno per iscopo il migliore godimento, possono essere apportate anche da uno solo dei comunisti...: gli altri non possono impedirle e non diventano compartecipanti di esse. Se quello di loro che le ha introdotte, è il solo ad usarne (ad es. si tratta d'un tubo che permette soltanto a lui di attingere più comodamente l'acqua dal rivo comune), non dovrebbero sorgere dubbi: la norma del cit. art. sta fuori dal principio *superficies solo cedit* consacrato nell'art. 934, e l'opera, pagata da uno solo, è di sua proprietà".

⁵⁷⁶ Sul punto, v. G. BRANCA, *op. ult. cit.*, p. 58, il quale invoca come esempio un tubo che permetta soltanto ad un comunista di attingere più comodamente l'acqua dal rivo comune.

⁵⁷⁷ Entrambe le ipotesi sono prese in considerazione nell'attenta ricostruzione di G. BRANCA, *op. ult. cit.*, p. 223 ss.

⁵⁷⁸ In tal seno, v. sostanzialmente G. BRANCA, *op. ult. cit.*, pp. 61 e 69 ss. Secondo l'a. (p. 58), peraltro, le migliorie, che non alterano la destinazione della cosa, apportate da uno solo dei comunisti per il miglior godimento da parte del medesimo della cosa comune (art. 1102 c.c.), non diventano di comproprietà degli altri, ma soltanto di proprietà dell'autore delle stesse. L'a., quindi, rileva che "non dovrebbero sorgere dubbi: la norma del cit. art. 1102 sta fuori dal principio *superficies solo cedit* consacrato nell'art. 934, e l'opera, pagata da uno solo, è di sua proprietà", in quanto "se è questi l'unico a servirsene, evidentemente ne è anche il padrone".

oppure per la rimozione (*ius tollendi*) dell'innovazione, a spese del partecipante autore della medesima.

Analogamente a quanto dianzi esposto in relazione alle addizioni eseguite in violazione della normativa sulla comunione, anche in riferimento all'ipotesi da ultimo prospettata sembrerebbe prendere forma l'idea che le spese per l'uso, il godimento, l'amministrazione, la conservazione e la manutenzione dell'accessione (miglioria e/o innovazione) debbano ricadere *pro quota* anche sugli altri partecipanti, a prescindere dall'opzione o meno nel senso della rimozione (*ius tollendi*) della medesima: nella prima ipotesi, le spese e la responsabilità della rimozione ricadranno sul compartecipe autore, ma i costi di gestione ed amministrazione dell'immobilizzazione, *medio tempore* maturati, ricadranno anche sugli altri partecipanti, i quali hanno comunque beneficiato dell'accessione⁵⁷⁹.

A questo punto, se è vero che lo *ius tollendi* non può essere esercitato nel caso in cui le piantagioni, le costruzioni o l'opera siano state eseguite a scienza e senza opposizione del *dominus soli* oppure in buona fede dal "terzo" (art. 936, 4°co., c.c.), può sostenersi, allora, che lo *ius tollendi* spetti agli altri compartecipanti quando il "terzo" comunista realizzi un'opera innovativa in attuazione di una specifica delibera adottata ai sensi di legge (artt. 1108 e 1120 c.c.)? La risposta al quesito non potrebbe che essere tendenzialmente negativa.

A ben vedere, infatti, la delibera preventiva o successiva di cui agli artt. 1108 e 1120 c.c. sembra soddisfare pienamente i presupposti della scienza e mancata opposizione, nonché della buona fede *ex art. 936, 4°co., c.c.*

La risposta al quesito, tuttavia, potrebbe forse avere segno opposto nell'ipotesi in cui l'autore dell'innovazione abbia compiuto la medesima discostandosi dal contenuto della delibera o, comunque, in attuazione di una delibera invalida.

⁵⁷⁹ Cfr. sempre G. BRANCA, *op. ult. cit.*, p. 60, per il quale, in virtù del principio *cuius commoda eius et incommoda*, l'obbligo di pagare le spese incombe persino nei confronti di innovazioni non autorizzate.

Tendenzialmente, in effetti, chi compie un'opera innovativa in fedele attuazione di una valida delibera agisce a scienza e senza mancata opposizione degli altri, nonché nella convinzione (buona fede) di dare legittimamente attuazione alla volontà dei comproprietari esternata in assemblea. E, quindi, logicamente i compartecipanti non costruttori non potrebbero che ritenere l'opera innovativa, optando per il pagamento del valore dei materiali e del prezzo della mano d'opera oppure dell'aumento di valore recato al bene comune (art. 936, 2° co., c.c.), fermo restando il criterio di ripartizione delle spese di gestione ed amministrazione dell'accessione comune a carico di ogni partecipante *pro quota*.

A questo punto, potrebbe giungersi alla conclusione che, avendo le spese di gestione e amministrazione della cosa comune una funzione diversa da quella concernente la rimozione dei materiali e/o della forza lavoro impiegati, i comunisti non costruttori debbano sempre e comunque far fronte alle spese di gestione ed amministrazione della cosa comune, ivi incluse le accessioni innovative e non, a prescindere dalla circostanza che le modificazioni apportate alla medesima siano suscettibili di modificare la destinazione della cosa, ovvero siano state compiute nel rispetto della disciplina dettata in materia di comunione (artt. 1100 ss. c.c.).

In altre parole, fino a che punto il compartecipante non costruttore deve contribuire a far fronte alle spese relative al compimento di un'accessione divenuta comune a tutti?

La risposta all'interrogativo ora formulato non appare certo scontata.

Invero, la logica sembrerebbe suggerire che i comunisti non autori dell'accessione, almeno quando abbiano optato per la rimozione (*ius tollendi*) della stessa, ovvero siano stati vittima di un comportamento contrario alla disciplina dettata in materia di comunione, non sempre siano tenuti a rispondere delle spese determinate dalla realizzazione della medesima.

La risposta al quesito, in effetti, dovrebbe prendere le mosse dalla dicotomia dianzi richiamata così come proposta dall'impostazione più accreditata⁵⁸⁰. Conseguentemente, l'analisi dovrebbe

⁵⁸⁰ Cfr. sempre G. BRANCA, *op. ult. cit.*, p. 57. Per i termini della dicotomia, v. *supra*, nota 575.

vertere, da un lato, sul profilo delle modificazioni che non alterano la destinazione della cosa comune e non impediscono l'uso paritetico degli altri (art. 1102 c.c.)⁵⁸¹ e, dall'altro, su quello riguardante l'innovazione della medesima (artt. 1108 e 1120 c.c.)⁵⁸².

Nella prima ipotesi, a seguito dell'impiego della locuzione "a proprie spese" di cui all'art. 1102, 1° co., secondo periodo, c.c., un'interpretazione letterale sembrerebbe condurre alla conclusione nel senso che le spese sorte in occasione dell'addizione siano esclusivamente a carico dell'autore della medesima, a prescindere dalla circostanza che sia stata o meno approvata dalla maggioranza o dall'unanimità dei compartecipanti⁵⁸³.

Nell'ipotesi da ultimo prospettata, il comunista, agendo nel rispetto dei limiti all'uso paritario e non alterando la destinazione della cosa comune, e quindi restando nei limiti della propria quota (art. 1102 c.c.), compie un'opera nel proprio interesse e, pertanto, è tenuto a pagare l'opera⁵⁸⁴. Ove, però, l'opera eseguita dal solo comunista per soddisfare un proprio interesse egoistico finisca per migliorare il godimento anche degli altri, allora, in virtù del principio "*cuius commoda eius et incommoda*", alle spese dovrà contribuire ognuno dei partecipanti *pro quota*⁵⁸⁵.

Venendo alla seconda ipotesi (innovazioni), viceversa, essendo le stesse dirette al miglioramento della cosa o a renderne più comodo o redditizio il godimento per tutti i compartecipanti, allora, sembrerebbe prendere forma l'idea che delle spese sorte in occasione della realizzazione delle innovazioni, ivi incluse quelle compiute in assenza di un consenso unanime o della maggioranza qualificata di cui all'art. 1108 c.c., debbano rispondere tutti i partecipanti *pro quota*⁵⁸⁶.

⁵⁸¹ Secondo il significativo insegnamento di G. BRANCA, *op. ult. cit.*, pp. 58 ss. e 68, oltre alle innovazioni, il compartecipante alla comunione può compiere sulla cosa comune delle modificazioni, che non alterano la destinazione della stessa, sia nel caso in cui esse siano funzionalmente ordinante ad un miglior godimento della cosa nel suo esclusivo interesse che quando, benché fatte da uno per sé, beneficiano tutti.

⁵⁸² Secondo una prima impostazione (A. GUARINO, *voce Comunione (diritto civile)*, in *Enc. del dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 261) l'innovazione consiste "in qualsiasi opera che importi o un mutamento della cosa nella forma o nella sostanza o una modificazione della destinazione della cosa". Secondo altra parte della dottrina (G. BRANCA, *op. cit.*, p. 226), invece, il significato corrente della parola innovazione finisce per identificarsi con "qualunque attività che modifichi materialmente la cosa". Sul punto, più di recente, v. R. CALVO, *op. cit.*, p. 267.

⁵⁸³ Così, v. sostanzialmente G. BRANCA, *op. ult. cit.*, p. 60.

⁵⁸⁴ V. G. BRANCA, *op. ult. cit.*, p. 58.

⁵⁸⁵ V. ancora G. BRANCA, *op. ult. cit.*, p. 60.

⁵⁸⁶ Sul punto, cfr. G. BRANCA, *op. ult. cit.*, p. 68 ss.

Alla luce di quanto dianzi messo in evidenza, quindi, potrebbe osservarsi come il dovere di far fronte alle spese dell'accessione comune a tutti i compartecipanti incontri il limite del miglior godimento per tutti della cosa comune: ciò significa che gli altri partecipanti, ogni volta che l'opera additiva non comporti predetto miglioramento, non siano tenuti a contribuire nelle spese, salvo, ovviamente, il caso in cui decidano o siano obbligati (si pensi al caso in cui lo *ius tollendi* non possa essere esercitato) a ritenere la stessa pur non essendo migliorativa.

Ad ogni buon conto, ai fini di una migliore intellegibilità di quanto da ultimo rilevato, sembra debba invocarsi la tradizionale dicotomia tra spese necessarie e non: le prime sono quelle erogate o da erogare per il godimento – e quindi attinenti alla gestione, amministrazione, conservazione e manutenzione - della cosa comune e, pertanto, gravanti legalmente su ogni partecipante; le seconde, invece, consistono in quelle necessarie a migliorare – alterando la destinazione – oppure a consentire un migliore utilizzo della cosa comune e, pertanto, possono essere imposte solo a seguito di apposita deliberazione adottata ai sensi di legge (artt. 1106, 1108 e 1120 c.c.)⁵⁸⁷. Ove si reputi corretta siffatta ricostruzione, come sembra, allora, innanzi alla realizzazione di un accessione divenuta comune a tutti i partecipanti, l'esigenza sarebbe quella di regolamentare le spese di esecuzione, nonché di gestione ed amministrazione della stessa, e quelle relative ai materiali e/o alla forza lavoro impiegati dal comunista autore: le prime sono disciplinate dalla normativa dettata in materia di comunione (artt. 1100 ss. c.c.), laddove le seconde sono regolate dalla disciplina integrativa dell'accessione (art. 936 c.c.).

In conclusione, sul punto, soltanto apparentemente sembrerebbe possibile affermare che i comunisti non costruttori, a seguito dell'esercizio dello *ius tollendi*, non siano tenuti a far fronte alle spese di amministrazione e gestione dell'accessione, dovendo le stesse ricadere sul comunista autore della stessa. Dalle considerazioni dianzi svolte, piuttosto, sembrerebbe emergere l'esatto contrario: lo *ius tollendi*, inibendo l'acquisto dei materiali e/o della forza lavoro in capo agli altri, al contempo,

⁵⁸⁷ Prende in considerazione entrambe le ipotesi G. BRANCA, *op. ult. cit.*, p. 170.

però, consentendo l'immobilizzazione dell'addizione, andrebbe ad incidere soltanto sul criterio di spesa della rimozione: se è vero che l'immobilizzazione differisce dal fenomeno acquisitivo dell'accessione⁵⁸⁸, allora, una volta realizzata l'addizione (*id est* l'immobilizzazione), le spese di amministrazione e gestione della stessa, *medio tempore* maturate, dovranno ricadere su tutti i partecipanti *pro quota* (artt. 1101, 2° co., ed 1104 c.c.); invece, per quanto riguarda il fenomeno acquisitivo dell'accessione dei materiali e/o della forza lavoro impiegati, dovrà attendersi l'effettivo esercizio dello *ius tollendi* al fine di escludere una situazione di contitolarità degli stessi⁵⁸⁹.

In sintesi, quindi, è possibile tracciare una linea interpretativa che consenta di coniugare la disciplina dell'accessione (art. 936 c.c.) con quella della comunione (artt. 1100 ss. c.c.): quest'ultima, essendo funzionalmente finalizzata a disciplinare il profilo amministrativo della cosa comune, in effetti, detta i criteri di spesa per l'uso ed il godimento della cosa comune, ivi incluse le eventuali accessioni; la prima, invece, essendo volta alla composizione dei contrapposti interessi di natura reale, individua le sorti dominicali dei beni ed i relativi criteri di ripartizione di spesa.

In altri termini, quel che si sta cercando di mettere qui in evidenza, è come il criterio di ripartizione di spesa individuato dalle discipline da ultimo richiamate assolve ad una funzione diversa nella disciplina della comunione rispetto a quella dell'accessione: nella prima, attiene al profilo di gestione ed amministrazione della cosa comune, laddove nella seconda riguarda i materiali e la forza lavoro impiegati per la realizzazione dell'addizione.

In conclusione, non essendovi sovrapponibilità tra la disciplina normativa dettata in materia di accessione e di comunione, non riesce a comprendersi come si possa continuare ad affermare che i rapporti tra comunisti (costruttori e non) sorti in occasione dell'accessione debbano essere disciplinati dalla normativa della comunione e da uno *ius tollendi* di creazione pretoria informato ai principi di tolleranza, di affidamento e della buona fede⁵⁹⁰, se è vero, come pare, che il rapporto tra le discipline dei due istituti non sia di genere a specie, bensì di integrazione e coordinamento.

⁵⁸⁸ Cfr. *supra*, cap. III, par. 2.

⁵⁸⁹ Cfr. *supra*, cap. III, par. 3.

⁵⁹⁰ In tal senso, v. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.

4. Il diritto di ritenzione dei comproprietari del suolo e le indennità dovute al proprietario dei materiali.

Come già accennato nell'*incipit* del precedente paragrafo, se è vero, come pare, che la disciplina integrativa dell'accessione di cui agli artt. 936 e 937 c.c. debba trovare ampio spazio di applicazione, allora, in tutti i casi in cui, avvenuta l'incorporazione, non si possa o non si voglia chiedere la rimozione delle addizioni (*ius tollendi*) o la separazione dei materiali, i comproprietari sono tenuti a corrispondere al "terzo" comunista (costruttore) o al proprietario dei materiali un'indennità.

Precisamente, ogni volta che gli altri comunisti abbiano optato per la ritenzione ovvero quest'ultima non possa essere richiesta per scienza e mancata opposizione o buona fede, nonché inutile decorrenza dei termini di legge, il comunista costruttore sarà legittimato ad agire nei confronti degli altri che hanno beneficiato dell'addizione, richiedendo di essere indennizzato; questi ultimi saranno, quindi, tenuti a pagare *pro quota*, a loro scelta, il "valore dei materiali impiegati e il prezzo della mano d'opera oppure l'aumento di valore recato al fondo" (art. 936 c.c.)⁵⁹¹.

Inoltre, tutte le volte in cui la separazione dei materiali non sia possibile per inutile decorso del termine di legge e/o per arrecare grave danno alle opere e al fondo, i comunisti (costruttori e non) devono indennizzare il proprietario dei materiali impiegati (art. 937 c.c.). Se i comunisti non costruttori erano in mala fede, quest'ultimi saranno tenuti al pagamento della predetta indennità in solido con il comunista "terzo" costruttore. Invece, quando i comunisti non costruttori erano in buona fede, quest'ultimi saranno tenuti soltanto al pagamento *pro quota* di una somma pari all'importo che questi devono ancora versare al comunista "terzo" costruttore⁵⁹².

Orbene, innanzi a siffatte considerazioni, sembra ragionevolmente da disattendere l'impostazione della Suprema Corte, che ha omissso un qualsiasi riferimento alla disciplina integrativa dell'accessione di cui all'art. 937 c.c. per il caso in cui il comunista "terzo" costruttore abbia

⁵⁹¹ Sul punto, v. *supra*, cap. III, par. 5.

⁵⁹² V. *supra*, cap. III, par. 6.

impiegato materiali di proprietà altrui nella realizzazione dell'addizione⁵⁹³. In particolare, oltre ad essere erosa la portata applicativa dell'accessione, rischioso sarebbe l'intento di risolvere la questione della ristorazione del proprietario dei materiali ricorrendo alla disciplina della comunione: quest'ultima, limitandosi a regolamentare le modalità ed i criteri di spesa per la conservazione, gestione e amministrazione della cosa comune, non opera alcun riferimento all'indennizzo.

Posto che il principio dell'arricchimento sia a fondamento della normativa integrativa dell'accessione (artt. 936 e 937 c.c.) sull'indennizzo, allora, ipotizzando che quest'ultima disciplina non abbia applicazione, si potrebbe essere tentati di rinvenire la risposta in quella di cui agli artt. 2041 e 2042 c.c., in considerazione dell'incremento patrimoniale senza giusta causa derivante dall'utilità dell'opera nei limiti dell'altrui depauperamento. Ma davvero può dirsi che la *ratio* della normativa da ultimo richiamata (artt. 2041 e 2042 c.c.) sia la medesima di quella dettata in materia di accessione (artt. 936 e 937 c.c.)? La risposta al quesito non può che essere negativa.

In effetti, dato che la disciplina, tra l'altro sussidiaria, di cui agli artt. 2041 e 2042 c.c. presuppone un arricchimento senza causa (titolo giuridico)⁵⁹⁴, allora, la medesima non dovrebbe trovare alcun margine di applicazione nelle fattispecie di accessione⁵⁹⁵. In quest'ultima, invero, è innegabile che l'acquisto in favore del *dominus soli* dei materiali e/o della forza lavoro impiegati trovino la propria giustificazione, e quindi titolo, nella legge⁵⁹⁶.

In altre parole, quindi, l'indennità dell'arricchimento senza causa (artt. 2040 e 2041 c.c.) assolve una funzione diversa rispetto a quella contemplata nelle ipotesi di accessione (artt. 936 e 937 c.c.): nella prima, l'indennità assolve alla funzione di sopperire alla mancanza del titolo giuridico giustificativo dell'arricchimento altrui; nella seconda, invece, l'indennità rappresenta proprio lo

⁵⁹³ Cfr. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.

⁵⁹⁴ Sul tema, v., per tutti, A. TRABUCCHI, voce *Arricchimento (azione di) (diritto civile)*, in *Enc. del dir.*, III, Milano, 1958, p. 66 ss.

⁵⁹⁵ Così, sostanzialmente, A. TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 68, per il quale “la spesa non è recuperabile”, e quindi può essere adoperato il rimedio in questione, solo quando “non si verifichi una delle ipotesi di accessione previste dalla legge”. Per una impostazione non dissimile, v., più di recente, C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 254.

⁵⁹⁶ Sul punto, v. per tutti E. LA ROSA, *op. cit.*, p. 338, la quale non esita a evidenziare che “l'indennizzo, tuttavia, non costituisce un elemento essenziale ai fini dell'acquisto della proprietà a titolo originario del manufatto, giacché requisito necessario sarà sempre e solo l'incorporazione dell'opera al suolo altrui”.

strumento specificamente individuato da legislatore per ristorare colui che ha subito un depauperamento patrimoniale *ex lege* a seguito dell'incorporazione stabile e definitiva⁵⁹⁷.

In conclusione, quindi, la previsione delle indennità di cui agli artt. 936 e 937 c.c. in capo ai comunisti che hanno ritenuto l'accessione, nonché il diverso profilo funzionale della disciplina normativa dettata in materia di comunione, propinano una ricostruzione della problematica che, coniugando la disciplina dell'accessione con quella della comunione, riconosca alla prima il compito di dirimere un conflitto tra valori di natura reale ed alla seconda quello di regolamentare le spese di gestione ed amministrazione della cosa comune. E, allora, quando si ha ritenzione dell'addizione, il conflitto tra i predetti valori di natura reale viene risolto con il pagamento di un indennizzo in favore del proprietario dei materiali e/o della forza lavoro impiegati, mentre la questione concernente la ripartizione delle spese di gestione e amministrazione dell'addizione comune a mezzo del criterio proporzionale *pro quota*.

Del resto, se i rapporti tra comunisti sorti in occasione dell'accessione dovessero trovare regolamentazione nella sola disciplina della comunione, sarebbe la stessa conclusione nel senso dell'operatività dell'accessione ad uscirne notevolmente depotenziata: non disciplinando la normativa sulla comunione alcun profilo indennitario, quindi innanzi ad una lacuna, si dovrebbe ricorrere all'impiego di altri istituti del diritto privato (mandato, *negotiorum gestio*, arricchimento senza causa)⁵⁹⁸, che non è detto siano stati conformati in modo tale da poter assolvere adeguatamente alle esigenze conseguenti all'acquisto per accessione. Anzi, per rafforzare l'idea che siffatta lacuna non possa essere colmata – *sic et simpliciter* - a mezzo degli istituti da ultimo citati, basti rilevare come, nella disciplina dell'accessione, l'oggetto dell'indennizzo sia, a seconda dei casi, il “valore dei

⁵⁹⁷ Cfr., ancora, E. LA ROSA, *op. cit.*, p. 339, ad avviso della quale “la *ratio* di una simile previsione risiede nel principio generale, vigente nel nostro ordinamento, che vieta l'arricchimento ingiustificato”.

⁵⁹⁸ Per tale impostazione, v. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., per la quale, appunto, “va aggiunto che, ove lo *ius tollendi* non venga (o non possa essere) esercitato, sorge, in favore del comproprietario costruttore, un diritto di credito nei confronti degli altri comunisti, divenuti per accessione comproprietari dell'opera; nasce cioè tra le parti un rapporto obbligatorio in forza del quale i comproprietari non costruttori sono tenuti a rimborsare al comproprietario costruttore, in proporzione alle rispettive quote di proprietà, le spese sopportate per l'edificazione dell'opera, secondo le norme che regolano la comunione e gli altri istituti di volta in volta applicabili (mandato, *negotiorum gestio*, arricchimento senza causa, etc.)”.

materiali e il prezzo della mano d'opera oppure l'aumento di valore recato al fondo" (art. 936 c.c.) o semplicemente il "valore dei materiali stessi" (art. 937 c.c.), piuttosto che la «correlativa diminuzione patrimoniale» (art. 2041 c.c.) o la generalità di obbligazioni assunte in nome proprio dal mandatario o dal gestore (artt. 1719 e 2031 c.c.).

5. Una possibile linea esegetica in grado di coniugare la disciplina dell'accessione (artt. 936 e 937 c.c.) con quella della comunione (artt. 1102, 1108 e 1120 c.c.).

Se il ruolo della disciplina dell'accessione fosse solo quello di impedire l'intrusione di altri soggetti nel patrimonio del *dominus soli* (art. 936 c.c.) o del proprietario dei materiali impiegati (art. 937 c.c.), limitandosi, cioè, a dettare la normativa circa la sorte dell'opera o piantagione, la relativa portata risulterebbe troppo modesta.

In effetti, se è vero che la funzione della normativa sull'unione di cose ad opera di un "terzo" sia quella di evitare una separazione dannosa e la formazione di uno stato di comunione ("*materialiarum*") per le cose congiunte, nonché di salvare quanto più è possibile i valori economici dell'operazione⁵⁹⁹, non vi è alcun dubbio che la disciplina dell'accessione (di cui agli artt. 936 e 937 c.c.) debba valere a soddisfare simili esigenze anche attraverso la regolamentazione dei rapporti tra *dominus soli* e terzo proprietario dei materiali impiegati.

Pertanto, in assenza di un'esplicita previsione avente ad oggetto la disciplina dei predetti rapporti, l'accessione difficilmente potrebbe pienamente raggiungere la funzione di dirimere adeguatamente un conflitto tra i contrapposti interessi coinvolti nella vicenda: la conservazione della consistenza dell'originario patrimonio, nonché del valore dei materiali e/o della forza lavoro impiegati.

Volendo applicare una simile prospettiva generale in materia di accessione all'opera o piantagione eseguita dal "terzo" comunista su bene comune con altri – che secondo la più recente

⁵⁹⁹ V. l'impostazione di G. GORLA, *op. cit.*, p. 108 e 145 e L. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, cit., p. 318 ss. Sul punto, cfr. *supra*, cap. III.

impostazione, anche giurisprudenziale, diventa, in virtù del meccanismo acquisitivo dell'accessione, oggetto di comproprietà *pro indiviso* a tutti i comunisti⁶⁰⁰ -, si fa avvertire, allora, la necessità di trovare un adeguato coordinamento tra la disciplina dell'accessione (artt. 936 e 937 c.c.) e quella della comunione (artt. 1102, 1108, 1120 e 1121 c.c.)⁶⁰¹.

A tal fine, quindi, risulta opportuno che l'analisi prenda le mosse dalla funzione da attribuire al consenso dei comunisti non costruttori.

Preliminarmente, pare il caso di evidenziare come il consenso dei comunisti assolva ad una funzione differente nella comunione e nell'accessione⁶⁰², in quanto a istituti autonomi ed indipendenti sembra dover corrispondere, per coerenza sistematica, una distinta funzione del consenso.

Il consenso dei partecipanti alla comunione, così, risulterebbe rilevante per la disciplina delle innovazioni e del compimento degli atti dispositivi della cosa comune, cioè in vista del rispetto della normativa della comunione. Nell'accessione, viceversa, il consenso dei comunisti non costruttori rileverebbe soltanto ai fini della valutazione circa la possibilità di esercitare o meno lo *ius tollendi*.

In sintesi, la disciplina dell'accessione, prendendo in considerazione i valori di natura reale sottostanti, pare prescindere dal consenso prestato eventualmente dai comunisti non costruttori, rilevando a tal fine soltanto l'incorporazione stabile e definitiva ed il titolo giustificativo dell'acquisto originario (la situazione di comproprietà). E, viceversa, la disciplina sulla comunione fa del consenso dei partecipanti il proprio nucleo essenziale.

⁶⁰⁰ V. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.

⁶⁰¹ Cfr. *supra*, cap. I, par. 3.

⁶⁰² Per l'impostazione criticata v. sempre Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., la quale, affermando che il consenso esplicito o anche meramente implicito (che si presumerebbe prestato ogni qualvolta siano state rispettate le norme sulla comunione) prestato dai comunisti non farebbe operare lo *ius tollendi*, essendovi la scienza e mancata opposizione del comunista non costruttore di cui all'art. 936, 4° co., c.c., sembrerebbe attribuire al consenso dei comunisti una funzione univoca. In particolare, siffatta conclusione equivarrebbe a subordinare l'operare della disciplina dell'accessione al rispetto di quella della comunione, idea quest'ultima che assolutamente non può essere condivisa, stante i diversi profili cui accessione e comunione risultano finalizzati a tutelare. Inoltre, nell'ambito della disciplina dell'accessione si finirebbe per sovrapporre due profili differenti, cioè quello concernente l'individuazione dei presupposti per poter affermare l'esistenza di uno *ius tollendi* con quello inerente i requisiti necessari ai fini di un suo esercizio: un conto è dire che esiste uno *ius tollendi* ed altro è poter affermare che lo stesso possa essere esercitato. Il presupposto di esistenza dello *ius tollendi* è l'incorporazione al suolo e non il consenso dei titolari dello stesso su cui la stessa è avvenuta, mentre il presupposto per il suo esercizio è da individuare in un atto volitivo del *dominus soli*.

Il consenso dei comunisti, insomma, assolve un ruolo differente nell'accessione e nella comunione, operando la relativa disciplina su piani differenti⁶⁰³. Si può, pertanto, ragionevolmente riconoscere soltanto al consenso prestato dai comunisti nel quadro dell'accessione l'attitudine ad incidere sulla sorte dominicale del bene incorporato, essendo, invece, quello formatosi in seno ad una riunione o assemblea esclusivamente idoneo ad incidere sulla ripartizione dei pesi e delle spese occasionate dalla realizzazione della nuova opera⁶⁰⁴.

Del resto, se è proprio la disciplina dell'accessione di cui all'art. 936 c.c. a riservare al *dominus soli* la facoltà di scegliere tra la ritenzione e la rimozione della cosa incorporata (c.d. *ius tollendi*), nel rispetto delle due limitazioni di cui all'art. 936, 4° e 5°co., c.c. (termine di decadenza semestrale, buona fede del terzo costruttore, nonché scienza e mancata opposizione del titolare del fondo), non sarebbe dato comprendere in che modo la riunione o l'assemblea dei comunisti – eventualmente a maggioranza – potrebbe incidere sui valori di natura reale presi in considerazione della disciplina normativa dell'accessione. A ben vedere, in effetti, l'acquisto della comproprietà a favore di tutti i comunisti della nuova opera (*rectius* dei materiali e/o forza lavoro impiegati) è la risultante del principio generale dell'accessione di cui all'art. 934 c.c.⁶⁰⁵ e della disciplina integrativa della stessa di cui agli artt. 936 e 937 c.c., la quale attribuisce al *dominus soli* la facoltà di scelta tra la ritenzione dietro pagamento di un'indennità (pari al valore dei materiali e il prezzo della mano d'opera oppure

⁶⁰³ Non può non continuarsi a tenere ben a mente come le norme su comunione e accessione operino su piani differenti: la comunione sul piano dei rapporti interni intercorrenti tra i comunisti o condomini, laddove l'accessione sul piano dei rapporti reali ed assoluti. La prima è volta a regolare i rapporti tra i comproprietari nell'uso materiale – ogni partecipante ha il diritto di farne parimente uso senza impedire ciò anche agli altri - e nel godimento – con il limite di non alterarne la destinazione - della cosa comune, a fissare i limiti entro cui è consentito il compimento di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione del bene comune o sono permesse le innovazioni e la disposizione della cosa comune ed a garantire le ragioni delle minoranze. La seconda a regolare i rapporti dominicali sull'innovazione che si incorpora al suolo. Sul punto, v. *supra*, par. 3.

⁶⁰⁴ Sembrerebbe cogliere nel segno G. S. FODERA', *op. loc. cit.*, per il quale “perplexità investono la circostanza che il consenso non inciderebbe sulla sfera dei diritti reali” in quanto “la costruzione...dà origine tanto a profili obbligatori, quanto reali”.

⁶⁰⁵ Si ricordi, ancora una volta, che l'accessione opera *ope legis* ed indipendentemente da qualsiasi tipo di manifestazione di volontà. Quest'ultima, di contro, qualora la scelta ricada nel senso della rimozione dell'opera additiva, risulterà necessaria per rimuovere gli effetti prodottisi con l'operatività dell'accessione, ovvero, nel caso in cui la scelta sia nel senso della ritenzione, per anticipare il consolidamento degli effetti prodotti dall'operatività *ex lege* dell'accessione, essendo altrimenti un tale risultato ancorato al decorso dei termini di decadenza previsti *ex art.* 936 c.c.: v., per tutti, E. LA ROSA, *op. cit.*, p. 334.

all'aumento di valore recato al fondo) e la rimozione della medesima, ovvero al proprietario dei materiali il diritto di separazione.

D'altronde, è significativo che la disciplina dettata in materia di comunione sul punto da ultimo prospettato risulti, non a caso, del tutto carente⁶⁰⁶.

Ogni comproprietario del suolo, quindi, è titolare del diritto (potestativo⁶⁰⁷) di rimuovere o di ritenere la nuova opera oggetto di incorporazione. Nel primo caso, si tratterà di manifestare la propria intenzione⁶⁰⁸ di obbligare l'autore della stessa – e, quindi, il proprietario dei materiali⁶⁰⁹ – a rimuoverla a sua cura e spese, in modo da ripristinare la situazione originaria⁶¹⁰. Nel secondo caso, viceversa, l'acquisto per accessione si presenta automatico e immediato in favore di tutti i comunisti *pro quota*⁶¹¹.

⁶⁰⁶ Cfr. *supra*, par. 3.

⁶⁰⁷ V., per tutti, M. PARADISO, *op. cit.*, p. 204 ss., che discorre di “diritti potestativi, a esercizio giudiziale (art. 938) o stragiudiziale (artt. 935-937)”.

⁶⁰⁸ Si tratterebbe di un atto di esercizio del un diritto potestativo consistente in una manifestazione di volontà a carattere recettizio, secondo alcuni avente natura negoziale (E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato Vassalli*, XV, II, Torino, 1960, p. 72; M. PARADISO, *op. cit.*, p. 207, nota 145), mentre, secondo altri (G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, p. 384 e 394), di “atto di partecipazione” (e cioè di dichiarazione di scienza). Secondo altra corrente di pensiero (C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 251, e giurisprudenza *ivi* riportata a nota 105), di qualsiasi atto o fatto portato a conoscenza del terzo con mezzi idonei, con cui il detto proprietario manifesti tempestivamente (non oltre sei mesi dalla notizia dell'avvenuta incorporazione) ed in modo inequivoco l'intendimento di opporsi all'illecita invasione della propria sfera dominicale. Inoltre, non sembra essere isolata la qualificazione della dichiarazione del proprietario circa la rimozione come atto di rifiuto, individuandosi una specifica analogia con l'atto con cui l'oblato respinge un'offerta contrattuale: v. E. ALVINO, *L'art. 936 cod.civ. ed il potere di rifiuto da parte del proprietario del fondo*, in *Giust. civ.*, 1976, I, p. 1079; per una serrata critica al richiamato accostamento, peraltro, non riscontrandosi un'offerta vera e propria in nessuna delle ipotesi di cui agli artt. 935-938 c.c., al più potendosi riscontrare una rinuncia ad un diritto ormai acquisito, v. M. PARADISO, *op. cit.*, p. 195.

⁶⁰⁹ Secondo un indirizzo (C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 254), al terzo spetterebbe la proprietà dei materiali fino a quando il proprietario del suolo non decida di farli propri, in quanto “l'ipotesi di una doppia vicenda traslativa dei materiali costituisce tuttavia una superflua complicazione rispetto alla linearità dell'idea che riconosce al terzo la proprietà dei materiali fino a quando il proprietario del suolo non decida di farli propri”. Secondo l'a., infatti, quest'idea “spiega coerentemente il diritto del proprietario del suolo di ordinare la rimozione di cose che non gli appartengono o, senz'altro, di provvedere alla loro restituzione”. Per un'impostazione non dissimile, v. E. LA ROSA, *op. cit.*, p. 346. Secondo altra impostazione, invece, sulla base di una rigorosa applicazione del principio dell'accessione, si ritiene che l'opposizione del *dominus soli* sia un elemento di una fattispecie complessa “il cui completamento importa risoluzione dell'acquisto realizzatosi mediante l'accessione e (ri)acquisto, in capo al titolare del diritto, della proprietà del suolo libera dalle addizioni altrui”: G. SEGRÈ, *Intorno alla teoria dell'acquisto per accessione*, in *Foro it.*, 1891, I, c. 348 ss., spec. 351, che, peraltro, ricollega la perdita della proprietà alla demolizione, e cioè alla distruzione dell'oggetto del diritto. Per un'impostazione non dissimile, v., più di recente, A. TABET- E. OTTOLENGHI- G. SCALITI, *op. cit.*, p. 875; M. PARADISO, *op. cit.*, p. 206. In tale ottica, il proprietario del suolo acquisterebbe immediatamente *ipso iure* la proprietà della costruzione, ma si tratterebbe di un acquisto non definitivo, in quanto, qualora dovesse esercitare il potere di rifiuto con l'intimazione di rimuovere la costruzione, l'acquisto si risolverebbe con effetto *ex tunc*. Il richiamo al meccanismo della condizione risolutiva descriverebbe una doppia vicenda traslativa avente ad oggetto la proprietà dei materiali.

⁶¹⁰ Cfr. *supra*, par. 3.

⁶¹¹ Cfr. C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 258. Sul punto, v. *supra*, par. 4.

C'è da chiedersi, a questo punto, se – innanzi alla struttura soggettivamente complessa del rapporto di comunione – la manifestazione di volontà consistente nell'esercizio del diritto potestativo nel senso della ritenzione o della rimozione debba essere o meno espresso, in seno alla riunione o all'assemblea dei partecipanti con le maggioranze richieste dalla legge⁶¹², piuttosto che all'unanimità.

In effetti, se la ricostruzione più accreditata è nel senso che l'accessione operi automaticamente soltanto una volta che l'incorporazione è divenuta stabile e definitiva⁶¹³, e quindi che sino a tale istante i comproprietari non abbiano ancora acquistato la titolarità dei materiali e/o della forza lavoro impiegati, sembra dover trovare terreno favorevole l'idea che, annoverandosi lo *ius tollendi* e la ritenzione tra i diritti potestativi, anche laddove i comproprietari abbiano spontaneamente optato per una organizzazione collettiva dotata di un organo assembleare e di un proprio regolamento⁶¹⁴, la facoltà di scelta di cui all'art. 936 c.c. spetti a ciascun comproprietario e non alla maggioranza degli stessi⁶¹⁵.

⁶¹² Secondo autorevole dottrina (C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 251), la scelta dovrebbe spettare alla maggioranza qualificata dei comproprietari, trovando applicazione la norma in tema di competenza della maggioranza relativamente ad innovazioni che importino un miglioramento della cosa *ex art.* 1108 c.c.. Se, viceversa, le incorporazioni sono dannose, ciascun comproprietario è legittimato ad agire per la loro rimozione.

⁶¹³ Così, v. L. BARASSI, *op. ult. cit.*, p. 333. In tema, v. *supra*, cap. III.

⁶¹⁴ Secondo un'autorevole impostazione (G. BRANCA, *op. ult. cit.*, p. 8 ss.), la comunione, non potendosi qualificare né come persona fisica né giuridica, sarebbe annoverabile nel "*tertium genus*" della "collettività organizzata o persona fisica e alla persona giuridica astratta", ma "soltanto d'un soggetto diverso", in quanto "nella comunione, rispetto alle altre persone collettive (associazioni di fatto, società semplici ecc.), c'è, e può far dubitare della nostra opinione, questa particolarità, che il gruppo dei comunisti è organizzato per il solo scopo della gestione d'una o più cose; ma poiché l'organizzazione fa sì che il gruppo come tale possa compiere, all'interno e fuori, gli atti e i negozi più svariati, ecco che la personalità si rivela anche qui e ogni dubbio dovrebbe cadere".

⁶¹⁵ Nella fattispecie della comunione fra due persone, tra l'altro, la soluzione riportata nel testo sembra essere dettata dalla circostanza che in tale tipo di rapporto comune a due "la forma collegiale non è configurabile, non potendo operare la volontà di una maggioranza, nemmeno se uno dei partecipanti avesse posizione economica prevalente: le determinazioni di interesse comune rimarrebbero alla mercé di uno solo. Nel rapporto comune si inserirà eventualmente una distribuzione di competenze fra i partecipanti o un mandato di gestione ad uno di essi oppure le determinazioni comuni assumeranno veste contrattuale, salvo il ricorso al giudice ai sensi dell'art. 1105 quarto comma, quando il dissenso fra i partecipanti è insanabile": v. M. FRAGALI, *op. ult. cit.*, p. 403. Nelle altre fattispecie di comunione, caratterizzate da un centro di interessi di dimensioni maggiori, una tale presa di posizione nel senso della necessaria manifestazione di volontà di ciascun comunista non sembra essere, invece, del tutto scontata, soprattutto se si tiene a mente che "in una sola sfera comunistica si può avere dunque un centro di interessi di dimensioni minori e un centro di interessi di dimensioni maggiori, cioè un insieme costituito da alcuni di coloro che fanno capo al centro di dimensione maggiore, e quindi un gruppo di formazione soggettiva parzialmente coincidente con la formazione soggettiva di altro gruppo, punto di riferimento di una minore serie di interessi": v., ancora, M. FRAGALI, *op. ult. cit.*, p. 402 ss. Per un'impostazione non dissimile, v. C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 336 e giurisprudenza *ivi* citata alla nota 65, il quale non esita a rilevare che "a differenza del condominio la collettività dei partecipanti può deliberare senza costituirsi in assemblea", in quanto "la necessità che la volontà dei condomini sia espressa in sede assembleare...non ha quindi riscontro nella gestione comune di altri beni".

In particolare, la scelta nel senso della ritenzione o della rimozione dell'addizione, sulla falsariga degli atti di straordinaria amministrazione della cosa comune di cui all'art. 1108, 3° co., c.c., richiederebbe l'unanimità dei consensi⁶¹⁶. L'opzione nell'uno o nell'altro senso, oltre ad incidere sulla consistenza del bene comune interessato dall'accessione, è evidente che andrebbe ad incidere *pro quota* sulla posizione reale – e quindi individuale – di ciascun comproprietario. E, in effetti, se è vero, che ogni comunista sia legittimato a compiere atti dispositivi nei limiti della propria quota (art. 1103 c.c.), allora, sembra debba inevitabilmente concludersi nel senso dell'unanimità ai fini della scelta tra rimozione e ritenzione, non potendo la sfera patrimoniale di ogni singolo partecipante essere modificato senza il consenso di ogni contitolare⁶¹⁷.

Tutt'al più, potrebbe discutersi se siffatta unanimità dei consensi debba rivestire una determinata forma e, quindi, debba o meno formarsi in senso alla riunione o all'assemblea dei partecipanti alla comunione. In altri termini, la questione finisce per intrecciarsi con quella dell'atto collettivo e complesso. E, in effetti, ogni tentativo di definizione del "luogo" in cui possa formarsi la volontà nel senso della ritenzione o della rimozione dell'addizione appare destinato a riflettersi sulla questione degli atti che siano esercizio di un interesse del gruppo piuttosto che individuale, cioè degli atti collettivi e complessi⁶¹⁸.

⁶¹⁶ Cfr. *supra*, cap. II, par. 4 e 5.

⁶¹⁷ V. *supra*, cap. II, par. 4.

⁶¹⁸ Secondo l'impostazione più accreditata (A. VENDITTI, *op. loc. cit.*, il quale non esita a rilevare che "il principio di maggioranza...costituisce indice normale, se non anche principale, dell'esistenza, per diritto positivo, di un'organizzazione su base collegiale del gruppo plurisoggettivo" e non dell'organo assembleare), "nella comunione non è prevista l'assemblea, ma la semplice riunione dei comproprietari interessati", scorrendo la disciplina sulla comunione genericamente di "deliberazioni della maggioranza dei partecipanti" (art. 1105 c.c.) e, quindi, non essendo ben chiaro se la presenza di un metodo assembleare informato al "criterio democratico" del principio maggioritario debba o meno reputarsi necessaria almeno sotto il profilo amministrativo e di governo del rapporto di comunione. Sul punto: v. A. LENER, *La comunione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 8, *Proprietà*, II, Torino, 1982, p. 325, per il quale "deliberazione anzitutto significa che la maggioranza, semplice o qualificata, deve formarsi in una assemblea appositamente convocata, sicché non basterebbe il consenso, manifestato anche per iscritto, dei partecipanti che assommano la maggioranza delle quote a costituire una deliberazione (potrebbe in questo modo nascere, con il consenso di tutti, un accordo negoziale avente la stessa efficacia di una deliberazione, e quindi modificabile o revocabile da una successiva deliberazione della maggioranza)"; R. CALVO, *op. cit.*, p. 240 ss., il quale rileva che "per dotare di sostanza il tratteggiato programma di gestione compartecipata, non basta che i comunisti siano sentiti separatamente; occorre, viceversa, che a ciascuno sia permesso, in aderenza alle linee-guida ispirate alla lealtà e correttezza, di esprimere (in modo collegiale) la propria opinione e il proprio punto di vista, ancorché contrario all'orientamento prevalente...la gestione fondata sul metodo assembleare, d'altro canto, sottesa dall'art. 1109, ultimo comma, cod. civ., là dove prevede un termine variabile per impugnare le deliberazioni, secondo che l'attore sia dissenziente o assente; orbene, siffatto statuto normativo presuppone appunto che l'atto oggetto di sindacato giudiziale sia stato adottato a seguito di una riunione collegiale, anziché tramite consultazioni *ad personam*"; R. FRANCO, *La comunione e il condominio*, in *Trattato di diritto*

Al riguardo, se è vero che, secondo l'opinione generalmente condivisa, la delibera è atto collettivo che, quale espressione della volontà del gruppo, si perfeziona normalmente secondo la regola della maggioranza⁶¹⁹, mentre l'atto soggettivamente complesso richiede il consenso di autonome dichiarazioni di volontà a servizio di un unico interesse, l'esigenza è, allora, quella di valutare se l'opzione nel senso della ritenzione o rimozione sia rappresentativa di un interesse del gruppo o meno dei comunisti⁶²⁰.

Si tratterebbe, quindi, di verificare se l'opzione nel senso della ritenzione o della rimozione sia da configurare come una decisione o delibera del gruppo, da adottare nel rispetto delle forme e *quorum*⁶²¹ richiesti di volta in volta dalla legge o dal regolamento dell'organizzazione comunione⁶²²,

immobiliare, diretto da G. Visintini, III, Milano, 2013, p. 125, nota 437, secondo cui l'assemblea "costituisce un vero e proprio organo dell'organizzazione (ancorché embrionale) della comunione"; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., p. 561 ss., per il quale - richiedendo l'art. 1105, comma terzo, c.c., ai fini della validità delle deliberazioni della maggioranza, la preventiva informazione di tutti i partecipanti dell'oggetto della stessa e sebbene la citata norma non parli che di preventiva informazione - è "condizione di validità della deliberazione...una vera e propria convocazione di assemblea", comportando l'introduzione del principio di maggioranza la previsione per la comunione "di forme sia pure embrionali di organizzazione", essendo "il metodo collegiale...certamente superfluo per le deliberazioni unanimi". Secondo l'a., una tale conclusione sarebbe dettata dall'art. 1109, ultimo comma, c.c. che - prevedendo una decorrenza diversa del termine per impugnare a seconda che si tratti di partecipanti dissenzienti o "assenti" - sembrerebbe presupporre "che la deliberazione sia stata adottata a seguito di una riunione collegiale dei partecipanti", essendo "una formale assemblea...poi prevista dagli artt. 1135 ss. per il condominio negli edifici". Il citato autore, inoltre, ha osservato che "il legislatore si è pronunciato, con la norma dell'art. 1105, comma 3°, sulla sorte delle deliberazioni prese dalla maggioranza all'insaputa della minoranza. Non ha preso in considerazione la diversa ipotesi nella quale i partecipanti, tutti informati dell'oggetto della deliberazione, abbiano espresso a maggioranza la propria volontà al di fuori di una riunione assembleare: si è rappresentato solo il caso, che l'esperienza aveva segnalato, di una maggioranza che, magari rappresentata da una sola persona, deliberi all'insaputa della minoranza".

⁶¹⁹ V. per tutti C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 15, il quale non esita a rilevare che la delibera "è comunque imputata al gruppo o all'ente di cui il gruppo deliberante è organo".

⁶²⁰ Secondo un'impostazione (C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, cit., p. 336), la delibera dei partecipanti alla comunione ha natura di "atto collettivo", mentre, secondo altra corrente di pensiero (R. CALVO, *op. cit.*, p. 244), la deliberazione sarebbe "atto unilaterale di natura collegiale", rappresentando "la sintesi del volere comune" quale espressione di volontà dell'organo collegiale di una persona giuridica. Sul punto, v., più in generale, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 211, che ravvisa una differenza tra atto collettivo e collegiale, nonché A. VENDITTI, *op. loc. cit.*, il quale, pur riscontrando nella comproprietà un minimo di organizzazione collegiale e, quindi, nelle decisioni della stessa un atto di natura collegiale, il cui indice rilevatore sarebbe da rinvenirsi (non tanto nell'assemblea ma) nel ricorso alla regola della maggioranza, continua - tenendo ben separato il concetto di collegialità da quello di persona giuridica - a non ravvisare nella stessa un'ipotesi di personalità giuridica: secondo l'a., infatti, nella comunione vi sarebbe l'interesse (ultraindividuale) della totalità dei partecipanti oppure di ogni singolo partecipe quale titolare di un interesse (individuale) che esula dalla campo di competenza dello stesso.

⁶²¹ Secondo un'impostazione (C. M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 251, spec. nota 104), "la scelta compete...se il fondo è oggetto di comunione, alla maggioranza qualificata dei comproprietari" trovando "infatti applicazione la norma in tema di competenza della maggioranza relativamente ad innovazioni che comportano un miglioramento della cosa".

⁶²² Secondo autorevole insegnamento (A. VENDITTI, *op. cit.*, p. 37 ss., spec. p. 43), non si può negare l'intento del legislatore codicistico di dare alla collettività dei partecipanti una più completa organizzazione e maggiori poteri, a mezzo dell'introduzione della regola maggioritaria e, quindi, dell'abolizione o del temperamento del potere di veto, che nel diritto classico era concepito come la chiave di volta dell'istituto della comunione. Al gruppo dei comproprietari si riconosce, quindi, l'applicazione dei principi generali sulla formazione collegiale della volontà nei gruppi collettivi. Il legislatore codicistico - richiamando espressamente la regola maggioritaria (A. VENDITTI, *op. cit.*, p. 26, 36 e *passim*, per il quale "è l'incardinarsi della ricerca sul principio maggioritario...indice necessario e sicuro di ordinamento e

ovvero come un atto soggettivamente complesso, che necessiti dell'unanimità dei consensi di tutti i partecipanti.

Invero, la scelta nel senso della ritenzione o della rimozione dell'addizione, essendo esercizio di un diritto potestativo e, quindi, espressione di un interesse individuale di ciascun partecipante, incidendo sulla sorte dei materiali e della forza lavoro impiegati, non parrebbe potersi interpretare come volontà del gruppo: la scelta nel senso dell'una o dell'altra opzione non sembrerebbe dettata, insomma, da un interesse del gruppo sottostante, bensì prevalentemente dall'interesse autonomo ed individuale di ogni partecipante.

procedimento collegiale. In realtà, esso non è concepibile se non negli atti collegiali, non funziona che in regime di collegialità (anche se può esservi atto collegiale unanime, si dimostrerà inammissibile una deliberazione maggioritaria non collegiale) – ha inteso la comunione quale organizzazione su base collegiale del gruppo plurisoggettivo dei comproprietari, che ha scelto quale modo di formazione della dichiarazione di volontà il procedimento collegiale. Procedimento collegiale del gruppo di comproprietari il cui indice di esistenza è dato proprio, per diritto positivo, dal ricorso al principio maggioritario, che al contempo non significa indefettibilmente che la comunione abbia una propria soggettività o personalità giuridica (nel senso che il negozio collegiale unitario sia riferibile alla collettività comunione a prescindere dal fatto che la stessa sia eretta ad organismo distinto e autonomo: v. E. BETTI, *op. cit.*, p. 302, n. 37). La collegialità rileva sul solo piano strutturale della teoria generale dell'atto e, quindi, del negozio e non su quella della soggettività: atto collegiale si ha anche quando non c'è un vero e proprio soggetto di diritto! L'atto collegiale è un atto composto unilaterale (c.d. deliberazione collegiale), espressione delle dichiarazioni o manifestazioni di volontà dei singoli che si combinano e si coordinano in una sola. Quando la volontà – “anziché rapportarsi ad un soggetto singolo, come manifestazione della sua individuale determinazione per l'attuazione di un personale interesse” (A. VENDITTI, *op. cit.*, p. 1 ss.) - vada riferita ad una “pluralità di soggetti”, l'ordinamento giuridico appresta un procedimento idoneo alla formazione ed alla espressione di tale volontà, mediante il quale la “pluralità di soggetti” può operare come tale nell'ordinamento giuridico. La collegialità è quindi lo “strumento perché venga ad esistenza un atto dotato di unitaria rilevanza giuridica e generale efficacia nei confronti di tutti i partecipanti del gruppo, in quanto costituiti dalla legge in collegio (atto *collegiale*, o *deliberazione*)”, che “è utilizzata dal diritto positivo, anzitutto, nei gruppi non personificati: per il riferimento a tutti i membri, come collettività, della volontà concretatasi nella deliberazione”. La “collegialità è utilizzata dall'ordinamento per realizzare la combinazione di più volontà (atti o negozi) individuali in unitaria volontà del collegio, l'organizzazione dei soggetti singoli, cui le dichiarazioni fanno capo, in collegio consente, allora, la considerazione del complesso di dichiarazioni come proveniente, quanto meno, da una collettività, e con ciò la riduzione delle più dichiarazioni individuali a semplici componenti della volontà collettiva, che viene ad esistenza...l'ordinamento stabilisce fra i singoli atti, in vista di tale cooperazione fra le volontà, un rapporto reciproco tale da determinare una riduzione di essi ad unità, una rilevanza giuridica unitaria...tale rapporto...non tocca la nozione di atto giuridico, né elabora nuove categorie, ma solo ne illumina il processo di formazione e la struttura, mettendone in risalto particolari *modi d'essere*”. Per raggiungere la deliberazione vi si possono inoltre adottare il criterio maggioritario o quello unanimistico. Vi è infatti “una scala di possibili criteri di organizzazione del collegio” che segue il grado di più o meno completa e rigida protezione all'interesse comune del collegio (comune a tutti) oppure l'interesse particolare di ognuno. Con il “principio di maggioranza” si raggiunge il massimo grado di protezione dell'interesse comune a tutti mentre con quello unanimistico si avrebbe la piena tutela del singolo interesse di ciascuno a discapito di quella dell'interesse comune alla formazione della deliberazione: con l'unanimità viene richiesta “la coincidenza fra volontà di tutti e volontà collegiale, esigendo, per questa riconoscere, l'uniformità e la conformità (di contenuto) di *tutte* le singole dichiarazioni (di voto). Qui vi è una tutela diretta ed assorbente dell'interesse individuale alla conservazione dello “*status quo*”: con l'attribuzione non della semplice facoltà di opposizione a ciascuno dei membri del collegio contro un atto collegiale già formato, ma con il potere per ciascuno di essi di impedire la formazione stessa di una deliberazione (potere che, ove direttamente attribuito dalla legge, potrà essere escluso dalla volontà privata solo ove la legge stessa lo preveda)”. La singola dichiarazione di voto negativa impedirebbe la formazione dell'unitario atto collegiale. La regola unanimistica, infatti, non cancella la natura di atto collegiale, in quanto è uno dei due criteri per formare lo stesso.

In conclusione, l'opzione nel senso della ritenzione o della rimozione pare dover essere ricondotta nell'alveo degli atti soggettivamente complessi, sulla falsariga di quelli presi in considerazione dalla normativa di cui all'art. 1108, 3° co., c.c. E, al riguardo, ben potrebbe capitare che quell'unanimità di consensi, richiesta ai fini di un valido esercizio della decisione nel senso di rimuovere o meno l'opera additiva, si sia formata in senso ad una riunione o assemblea dei partecipanti⁶²³. Alla luce del principio di economicità dei mezzi giuridici, potrebbe, allora, attribuirsi validità ed efficacia alla delibera, purché la medesima sia stata adottata con il consenso unanime⁶²⁴.

Venendo alla forma necessitata dall'opzione nel senso della ritenzione o della rimozione delle addizioni, non può che notarsi come la stessa sia da considerare, almeno in linea di principio, libera, non richiedendo l'art. 936 c.c. alcuna forma scritta e non potendosi annoverare il diritto di rimozione

⁶²³ In tema di comunione, tendenzialmente non si discorre di deliberazione. Il termine "decisione" avrebbe il merito di poter essere speso sia nelle ipotesi di vere e proprie "deliberazioni" adottate a mezzo del ricorso volontario al sistema assembleare informato al criterio della maggioranza che nelle differenti fattispecie in cui tale metodo non sia stato prediletto: "decisione" sarebbe, quindi, anche quella adottata all'unanimità o maggioranza in senso alla riunione (e, quindi, non assemblea!) dei partecipanti (nel senso che la maggioranza non postulerebbe necessariamente il metodo assembleare, bensì la collegialità: A. VENDITTI, *op. loc. cit.*), così come decisione non può negarsi che sia anche l'accordo negoziale – espressione dell'unanimità dei partecipanti – formatosi al di fuori del metodo collegiale deliberativo. Ad ogni modo, in tema di comunione non può non notarsi come inevitabilmente sfumino le differenze tra le ipotesi di decisione adottate in seno alla riunione rispetto a quelle adottate in senso ad una vera e propria assemblea: la delibera assembleare non sarebbe altro che una decisione soltanto tendenzialmente adottata con il criterio maggioritario. Pertanto, decisione sarebbe anche la delibera assembleare adottata all'unanimità. Quest'ultima, a sua volta – in tal modo ridotta ai minimi termini la distanza tra delibera e decisione – facilmente potrebbe rivestire la natura giuridica di negozio giuridico, con la naturale conseguenza che ben potrebbe configurarsi l'ipotesi di una valida ed efficace decisione – adottata all'unanimità – di esercitare lo *ius tollendi* (ex art. 936 c.c.) in senso alla riunione o, comunque, all'assemblea dei partecipanti, senza che una tale conclusione si opini essere informata da un'estrema pesantezza e formalità giuridica suggerita dal contesto - riunione o assemblea – in cui la stessa è stata raggiunta. Una decisione di natura negoziale – quale di cui discorre l'art. 936 c.c. – può essere, quindi, presa sia in seno ad una semplice riunione che ad una vera e propria assemblea.

⁶²⁴ La conclusione del testo sarebbe, del resto, in linea anche con l'autorevole insegnamento di F. GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 562 ss., il quale non esita a rilevare che "il metodo collegiale è certamente superfluo per le deliberazioni unanimi" essendo "risolutiva in tal senso la norma dettata dall'art. 1109". Attribuendo, la norma da ultimo richiamata, la facoltà di impugnare le deliberazioni (prese con inosservanza del metodo collegiale: mancata informazione della stessa ex art. 1105, terzo comma, c.c.) alla sola "minoranza dissenziente", secondo l'a. citato diversa sarebbe, quindi, "l'ipotesi in cui i partecipanti, informati dell'oggetto della deliberazione, abbiano tutti fatto pervenire, al di fuori di una riunione collegiale, un voto di medesimo contenuto: qui nessuno potrà impugnare la deliberazione, nessuno essendo dissenziente ed essendo il potere di impugnare concesso solo alla "minoranza dissenziente". Del resto, anche nel condominio, per il quale è espressamente prevista una assemblea dei partecipanti, una deliberazione assembleare può essere sostituita, anche se si tratta di materie attribuite dalla legge alla competenza dell'assemblea, da una convenzione fra i partecipanti, conclusa al di fuori dell'assemblea". Orbene, se nell'ottica di tale insegnamento, anche nel condominio (dove è la legge stessa a richiedere espressamente la presenza dell'organo assembleare) una delibera può essere sostituita da una convenzione extra assembleare tra i partecipanti, a maggior ragione deve ritenersi lecito e fondato sostituire una convenzione con una deliberazione adottata all'unanimità: o a priori si nega sul di un piano generale una tale fungibilità tra deliberazione e convenzione oppure la si deve tenere operante da ambo i lati. Nel senso che "se la deliberazione è unanime, non c'è bisogno qui di pensare ad un accordo negoziale: la deliberazione è valida perché ogni partecipante, esprimendo voto favorevole, attesta di non avere risentito un concreto pregiudizio dalla mancanza di preventiva informazione; del resto mancherebbe il presupposto della legittimazione ad impugnare, costituito dal dissenso sulla deliberazione": v. A. LENER, *op. cit.*, p. 325.

nel campo degli atti di rinuncia abdicativi di diritti reali immobiliari, anche se motivi di carattere logico e di maggiore certezza dei traffici giuridici non hanno mancato di suggerire una forma scritta⁶²⁵.

Tralasciandosi ogni considerazione in merito a quest'ultima riflessione, comunque, preme rimarcare come il consenso del gruppo, almeno nella prospettiva delle spese di gestione e amministrazione della cosa comune, debba rivestire la forma della delibera e, quindi, essere manifestato nei modi richiesti di volta in volta dalla legge o dai regolamenti pattizi ai fini della validità ed efficacia della medesima⁶²⁶.

In conclusione, pare da ribadire come la manifestazione di volontà dei comunisti non costruttori non operi su di un unico piano: nella prospettiva della disciplina dettata in materia di comunione (artt. 1100 ss. c.c.), il consenso è rilevante ai fini della ripartizione dei pesi e delle spese inerenti alla gestione ed amministrazione della cosa comune, laddove, in quella degli artt. 934 ss. c.c., la volontà

⁶²⁵ Nel senso che il consenso relativo alla costruzione sulla cosa comune – non potendo lo stesso essere dedotto per *facta concludentia* o per prova testimoniale - deve risultare da atto pubblico o scrittura privata, pena la nullità, si veda, infatti, G. S. FODERA', *op. loc. cit.*.

⁶²⁶ In realtà, la disciplina codicistica dell'atto di delibera non è particolarmente esaustiva sul punto, limitandosi a individuare di volta in volta il *quorum* deliberativo da raggiungere in seno alla riunione (o assemblea), nonché a richiedere – pena l'impugnativa della deliberazione *ex art.* 1109 c.c. (nel senso che dell'annullabilità della deliberazione presa dalla maggioranza senza che la minoranza sia stata anticipatamente informata circa il suo oggetto: R. CALVO, *op. cit.*, p. 275) - la preventiva informazione della totalità dei comunisti circa l'oggetto della decisione. Nulla viene detto, dunque, in merito alle forme, modalità e contenuto di convocazione. Nel senso della nullità della delibera informata da irregolarità attinenti alla convocazione dell'assemblea: A. FEDELE, *La comunione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, Milano, 1967, p. 222; per l'annullabilità della stessa: R. CALVO, *op. loc. cit.*. Per un'ampia disamina dell'argomento, v. G. BRANCA, *op. ult. cit.*, p. 193 ss. e R. CALVO, *op. cit.*, p. 245 ss., secondo cui "tutti i partecipi debbono pertanto non solo essere convocati, ma anche informati sull'oggetto delle deliberazioni (da prendere) per mezzo della consultazione del c.d. ordine del giorno...l'enumerazione, nell'avviso di convocazione dell'assemblea, delle materie da trattare, allo scopo di rendere edotti i comunisti degli argomenti oggetto di confronto, non deve essere analitica o particolareggiata: è sufficiente che sia ispirata al *clare loqui*, sì da permettere la (ipotetica) discussione consapevole e...l'adozione da parte dell'assemblea delle eventuali deliberazioni "conseguenziali e accessorie". Non sono previste "formalità particolari per la convocazione dell'assemblea dei comunisti...basta a tal fine che i comunisti siano stati posti nelle condizioni di conoscere con la dovuta tempestività, da valutarsi caso per caso, le materie su cui l'assemblea è chiamata a esprimersi per la formazione della volontà comune. La facoltà di provvedere alla convocazione deve essere riconosciuta a ogni comunista ove il regolamento taccia sul punto e manchi l'amministratore. Non è prevista la redazione di un verbale dell'assemblea dei comunisti...per tale motivo la deliberazione può essere di regola provata con ogni mezzo". In tal modo, non è facile individuare i presupposti che renderebbero un atto proveniente dalla riunione (o assemblea) dei partecipanti idoneo ad essere qualificato nel novero degli atti di deliberazione, così alimentando il dubbio che l'atto della comunione sia tendenzialmente e naturalmente qualificabile come vero e proprio atto negoziale. Una tale conclusione, sicuramente faciliterebbe l'interprete nell'affermare che il consenso di ciascun comunista rappresentativo dello *ius tollendi* di cui all'art. 936 c.c., potrebbe essere manifestato indifferentemente sia in costanza di riunione (o assemblea) che al di fuori della stessa. Una tale conclusione – inoltre – sarebbe avvalorata anche dalla circostanza che - non richiedendo la "deliberazione" della comunione alcuna forma di verbalizzazione particolare (R. CALVO, *op. cit.*, p. 248) - l'esistenza di una tale decisione potrebbe essere provata con qualsiasi mezzo idoneo (R. CALVO, *op. loc. cit.*).

è rilevante ai fini dei valori di natura reale sottostanti. Pertanto, stante la diversità di interessi in gioco, le discipline di cui agli artt. 1100 ss. c.c. e 936 c.c. potrebbero coordinarsi e convivere perfettamente fra loro.

Potrebbe, infatti, rilevarsi che coloro che hanno acconsentito all'edificazione della nuova opera - con il voto favorevole in assemblea - non potranno, almeno tendenzialmente⁶²⁷, esercitare lo *ius tollendi* in quanto scienti e favorevoli – difettando l'opposizione di cui la norma discorre – alla edificazione della stessa. Allo stesso modo, potrebbe dirsi che il voto favorevole di un partecipante sia rappresentativo della mala fede del comunista costruttore⁶²⁸. Né sarebbe corretto affermare che laddove vi sia consenso del gruppo non possa esservi *ius tollendi*: basti pensare alla mancata prestazione del consenso da parte della minoranza dissenziente.

Così come errato sarebbe ritenere senz'altro sussistente lo *ius tollendi* nell'ipotesi di difetto di un consenso assembleare, non sembrando logico far dipendere la scienza, mancata opposizione e buona fede del terzo dalla mancanza di una preventiva decisione o deliberazione: la decisione o la delibera della comunione, insomma, potrebbe essere, al più, solo l'indizio per dimostrare che vi sia quella scienza, mancata opposizione e mala fede, richieste dall'art. 936 c.c. ai fini dell'inoperatività del diritto di rimozione. L'esistenza dello *ius tollendi*, non meno che l'esercizio dello stesso, in effetti, non sono da reputare subordinati in alcun modo al rispetto o meno delle norme dettate in materia di comunione⁶²⁹, almeno nel senso che, se vi sia consenso – e, quindi, le norme sulla comunione non siano state violate -, non ci sarebbe mai *ius tollendi*, in quanto opererebbe una presunzione di scienza e mancata opposizione, mentre, se lo stesso difettesse – essendo stata rispettata la normativa sulla comunione -, vi sarebbe in ogni caso facoltà di scelta tra diritto di rimozione e di ritenzione⁶³⁰.

⁶²⁷ Si è detto “tendenzialmente”, perché in assoluto non sarebbe corretto affermare ciò. Se nell'o.d.g. non viene espressamente indicata la voce “esercizio *ius tollendi*”, non parrebbe trattarsi di una delibera valida su tale piano e, quindi, non potrebbero considerarsi sussistenti gli elementi della scienza o mancata opposizione di cui discorre l'art. 936 c.c.. Il singolo partecipante alla comunione deve essere reso edotto dell'argomento oggetto della votazione, ai fini di un eventuale riflesso della delibera sullo *ius tollendi*.

⁶²⁸ Non si dimentichi, infatti, che il diritto alla rimozione incontra il limite della buona fede del terzo costruttore che, pertanto, potrebbe risultare superato ogni qualvolta nel terzo costruttore si ravvisi malafede.

⁶²⁹ Cfr. *supra*, par. 3.

⁶³⁰ In tal senso, v. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit.

In caso contrario, si finirebbe, ancora una volta, con l'attribuire alla disciplina della comunione il ruolo di *lex specialis* rispetto a quella dell'accessione: idea quest'ultima che, come già messo dianzi ripetutamente in evidenza, non poggiando su solide fondamenta, deve essere assolutamente respinta e non condivisa⁶³¹. Piuttosto, il combinato disposto della disciplina della comunione con quella dell'accessione sembrerebbe suggerire una prospettiva esegetica tale da esaltare l'integrazione tra accessione e comunione, assolvendo, come dianzi rilevato, il consenso dei comunisti non costruttori una diversa funzione⁶³².

Non vi è alcun dubbio che, diversamente opinandosi, il rapporto intercorrente tra la disciplina della comunione e quella dello *ius tollendi* non sia individuato nella sua reale portata: da un lato, viene sì affermata l'operatività dell'accessione, ma, dall'altro, si subordina l'operatività dello *ius tollendi* senz'altro al rispetto o meno della disciplina della comunione, continuandosi a non tracciare una linea interpretativa in grado di coordinare correttamente entrambi gli istituti⁶³³.

In tale prospettiva, in effetti, continuerebbe ad accreditarsi, seppur in modo strisciante, l'errata convinzione che tende a sovrapporre due piani di indagine, i quali, invece, andrebbero tenuti ben

⁶³¹ L'idea che la disciplina sulla comunione vada a sovrapporsi su quella dell'accessione continua purtroppo ad aleggiare ogni qualvolta non si esita ad affermare che "è necessario...tener distinti il caso in cui il comproprietario costruttore abbia agito contro l'esplicito divieto del comproprietario o all'insaputa di questi dal diverso caso in cui egli abbia agito, se non col consenso, quanto meno a scienza e senza opposizioni dell'altro comproprietario": v. Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, cit., secondo la quale "nel primo caso, ove vi sia stata violazione delle norme in tema di condominio, va riconosciuto lo *ius tollendi* al comproprietario non costruttore, il quale può senz'altro agire per ottenere il ripristino dello *status quo ante*. Nel secondo caso, invece, essendovi stato il consenso esplicito o anche meramente implicito del comproprietario non costruttore, va escluso – a tutela della buona fede e dell'affidamento del costruttore – che il primo possa pretendere la demolizione dell'opera".

⁶³² A questo punto è appena il caso di osservare come potrebbe obiettarsi – erroneamente sovrapponendo normative operanti su fronti diversi (artt. 936 e 1102 c.c.) – che l'assunto cui si è giunti nel testo peccherebbe di correttezza, in quanto sarebbero le stesse norme sulla comunione, in particolare l'art. 1102 c.c., a permettere che la demolizione possa essere richiesta – ed ottenuta – da parte di un solo comproprietario, in tal modo non richiedendosi l'unanimità dei consensi dei partecipanti. In merito si deve precisare che lo *ius tollendi* non si identifica, in realtà, con la mera richiesta di demolizione di un'opera ritenuta illegittima, ma con il diritto potestativo – quindi la facoltà – di scegliere tra ritenere l'addizione oppure rimuoverla a cura e spese del costruttore in sede stragiudiziale – ed in caso di inottemperanza del costruttore ai sensi dell'art. 2931 c.c. –, senza alcun bisogno di provare lesioni di un proprio interesse o l'esistenza, comunque, di altri presupposti di sorta: si tratta di un diritto potestativo al cui esercizio il costruttore non può fare altro che soggiacere. Invece, se è vero che, da un lato, l'art. 1102 c.c. può condurre al medesimo risultato della demolizione dell'addizione – in quanto lesiva dell'uso comune e della destinazione economica impressa –, dall'altro, è doveroso affermare che tale norma opererebbe su un piano e con una disciplina diversa: innanzi ad un'opera illegittima, quindi ad un illecito civile, che ha una sua incidenza su una situazione reale – uso e destinazione del bene comune –, il comproprietario leso può chiedere la rimozione e demolizione della stessa attraverso l'esercizio delle azioni petitorie e possessorie, ma attraverso procedimenti differenti. Le due normative è vero che potrebbero nella realtà condurre al medesimo risultato, ma il percorso sarebbe completamente differente.

⁶³³ Cfr. *supra*, par. 1.

differenti fra loro: quello delle spese di gestione e amministrazione della cosa comune con l'altro dei valori di carattere reale. E, pertanto, soltanto attraverso una netta distinzione dei piani di indagine sarà possibile giungere, in modo adeguatamente piano, al risultato della diretta ed immediata applicabilità della disciplina contemplata dall'art. 936 c.c. anche alla fattispecie dell'edificazione su suolo comune da parte di un solo comunista o da alcuni di essi senza il consenso degli altri.

La portata funzionale del consenso dei comunisti non costruttori nei termini dianzi considerati, del resto, sembra debba trovare conforto nella stessa disciplina della comunione. In effetti, alla luce della disciplina di cui all'art. 1108 c.c., il consenso dei partecipanti alla comunione (*i.e.* la volontà della maggioranza) parrebbe rilevante soltanto ai fini dell'amministrazione, gestione e conservazione del bene comune, presentandosi la volontà collettiva - e quindi dell'assemblea - del tutto irrilevante al di fuori di siffatta finalità⁶³⁴. In altri termini, il consenso espresso - a maggioranza o all'unanimità - in sede di riunione o di assemblea circa la miglioria o l'innovazione della cosa comune, avendo una valenza meramente amministrativa, gestoria e conservativa della stessa, non potrebbe spingersi ad incidere sulla posizione giuridica del "terzo" comunista di cui all'art. 936 c.c. o del proprietario dei materiali impiegati di cui all'art. 937 c.c.

Non pare potervi essere alcun dubbio che la preoccupazione del legislatore nel dettare la normativa in materia di comunione sia quella di far sì che la riunione o l'assemblea dei partecipanti alla comunione autorizzino il compimento dell'innovazione o della miglioria ai fini della sopportazione delle spese e pesi sorti in occasione della realizzazione delle stesse, piuttosto che quella di decidere a chi spetti il dominio dei materiali e/o della forza lavoro impiegati.

E, se la *ratio* della disciplina della comunione risulta orientata alla risoluzione di una questione di spese, non potrebbe ritenersi che già in sede di riunione o assemblea i partecipanti siano stati chiamati a pronunciarsi nel senso della ritenzione o della rimozione di cui all'art. 936 c.c. Piuttosto, dovrebbe concludersi che, a seguito dell'incorporazione, essendo ogni comunista titolare di un vero e

⁶³⁴ In questo senso, v. l'insegnamento di M. FRAGALI, *op. ult. cit.*, p. 397. Sul punto, v. *supra*, cap. II, par. 5.

proprio diritto potestativo nei confronti del proprietario dei materiali e/o della forza lavoro impiegati, per esercitare l'opzione nel senso della ritenzione o della rimozione sarebbe necessario uno specifico consenso negoziale di ciascun contitolare, cioè l'unanimità.

Ove queste ultime considerazioni, come pare, siano da reputare fondate, al consenso prestato dai comunisti dovrebbe riconoscersi una duplice valenza: da un lato, quella di poter incidere sulla posizione del proprietario dei materiali e quindi sul bene comune a seconda che si opti o meno per la ritenzione o la rimozione; dall'altro, quella di incidere sul piano amministrativo e conservativo della cosa comune. In una simile prospettiva, cioè, la disciplina dell'accessione (artt. 934-937 c.c.) avrebbe la *ratio* di regolamentare tutti i rapporti tra comunisti strettamente attinenti ai valori di natura reale sottostanti, laddove quella della comunione avrebbe l'attitudine a disciplinare i criteri e le modalità di ripartizione di spesa dell'accessione divenuta comune a tutti.

Insomma, quando un comunista compie un'addizione su di un bene comune con altri senza il loro consenso, la fattispecie dovrebbe essere regolamentata, sotto il profilo dei valori di natura reale, dalla disciplina dell'accessione e, dal punto di vista della ripartizione di spesa e pesi di gestione ed amministrazione, da quella sulla comunione.

In conclusione, pare possibile tracciare una linea interpretativa che consenta di coniugare la disciplina dell'accessione (artt. 936 e 937 c.c.) con quella della comunione (artt. 1102, 1108 e 1120 c.c.): quest'ultima, essendo funzionalmente finalizzata a disciplinare il profilo amministrativo della cosa comune, in effetti, detta i criteri di spesa per l'uso ed il godimento della stessa, ivi incluse le eventuali accessioni; la prima, invece, essendo volta alla composizione dei contrapposti interessi di natura reale, individua le sorti dominicali dei beni ed i relativi criteri di addossamento della spesa. Insomma, non essendovi sovrapponibilità di disciplina tra accessione e comunione, allora, non sembra azzardato, almeno per quanto concerne i criteri di sopportazione degli oneri di spesa, ipotizzare un rapporto di integrazione e coordinamento tra le discipline dei due istituti, piuttosto che di genere a specie.

Volendosi, allora, schematizzare, il consenso dei comproprietari non costruttori sembrerebbe operare su piani differenti: 1) quello dei valori di natura reale, in relazione al quale il diritto di ritenzione o di rimozione (*ius tollendi*), esercitato all'unanimità, consente ai comproprietari del suolo di conservare, dietro pagamento di un'indennità, l'addizione (*rectius* i materiali e/o la forza lavoro impiegati per la realizzazione della stessa), oppure di rimuoverla a cure e spese del "terzo" comunista costruttore, a prescindere dalla circostanza che la stessa sia stata o meno precedentemente autorizzata con un'apposita decisione o delibera; 2) quello delle spese di godimento, gestione e amministrazione dell'addizione divenuta comune a tutti, destinata a ricadere tendenzialmente su tutti i partecipanti che hanno tratto miglior godimento nell'uso della cosa comune, a prescindere dalla circostanza che la stessa sia stata o meno realizzata nel rispetto della disciplina dettata in materia di comunione.

BIBLIOGRAFIA

Dottrina

ABATANGELO C., *Principio di accessione e comunione: un “ritorno al passato” da parte delle sezioni unite*, in *Riv. dir. civ.*, 2018.

ALPA G., *Accessione*, voce del *Digesto disc. priv.*, Sez. civ., Torino, 1987, I.

ALVINO E., *Inapplicabilità delle norme sull’accessione ai rapporti condominiali e improponibilità dell’azione di garanzia in regime di liquidazione coatta amministrativa*, in *Giust. civ.*, 1982, I.

AMATUCCI A., *Società e comunione*, Napoli, 1971.

BARASSI L., *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951.

BARBERO D., *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, 3^a ed., Torino, 1950.

BASILE M., *Osservazioni in tema di rapporti fra accessione e comunione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968.

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato Vassalli*, XV, II, Torino, 1960.

BIANCA C. M., *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, Milano, 2017.

BIANCA C. M., *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2019.

BONA C., *L’abbandono mero degli immobili*, Trento, 2017.

BONA C., *Accessione, comunione e Verwirkung*, in *Foro it.*, 2018, I.

BONELLI G., *I concetti di comunione e di personalità nella teoria delle società commerciali*, in *Riv. dir. comm.*, 1903, I.

BONELLI G., *Personalità e comunione*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, I.

BONILINI G. e COPPOLA C., *Il retratto successorio*, in *Trattato dir. succ. don.*, diretto da G. Bonilini, IV, *Comunione e divisione ereditaria*, Milano, 2009.

BRANCA G., voce *Accessione*, in *Enc. del dir.*, I, Milano, 1958.

BRANCA G., *Comunione. Condominio negli edifici*, nel *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1982.

BUONOCORE V., *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli, 1960.

CALVO R., *Comunione in generale*, nel *Commentario del codice civile e codici collegati*, A. Scialoja-G. Branca-F. Galgano, a cura di G. De Nova, Bologna, 2019.

CARBONE V., *Per le Sezioni Unite l'accessione si applica anche al suolo comune*, in *Corr. giur.*, 2019, II.

CARIOTA FERRARA L., *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova, 1936.

CARIOTA FERRARA L., *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, 1977.

CICERO C., *L'accessione della costruzione eseguita dal comproprietario sul suolo comune*, in *Giur. it.*, 2018.

CIMMINO N. A., *Immobile edificato su suolo comune da uno solo dei comproprietari*, in *Notariato*, 2018, III.

CIMMINO R., *Accessione e costruzione sul suolo comune*, in *Notariato*, 2011.

COVIELLO L., *La quota indivisa e il divieto di espropriazione forzata*, in *Giur. it.*, 1903, IV.

DAMIANI E., *Il problema della rinuncia alla proprietà immobiliare*, in *Camminodiritto*, 2022.

DE MARTINO F., *sub art. 934*, in F. DE MARTINO-R. RESTA-G. PUGLIESE, *Della proprietà*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1962.

DE MAURO A., *La rinuncia alla proprietà immobiliare*, Napoli, 2018.

DOSSETTO M., «*Comunione e divisione*», in *Riv. dir. comm.*, 1949, I.

FALZEA A., voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. del dir.*, XIV, Milano, 1965.

FEDELE A., *La comunione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, Milano, 1967.

FERRI G., *La tutela delle minoranze nelle società per azioni*, in *Dir. prat. comm.*, 1932, I.

- FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, a cura di C. Angelici e G. B. Ferri, Torino, 2012.
- FILOGRANO G. R., *Quota e bene comune nella comunione ordinaria*, Napoli, 2011.
- FODERA' G. S., *Il regime proprietario della costruzione realizzata non proibenti: una nuova stagione del principio dell'accessione*, in *Imm. propr.*, 2018.
- FORCHIELLI P. e ANGELONI F., *Della divisione. Art. 713-768*, nel *Commentario del codice civile*, A. Scialoja e G. Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2000.
- FRAGALI M., *La comunione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Mes-sineo, XIII, t. 1, Milano, 1973.
- FRAGALI M., *La comunione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Mes-sineo, XIII, t. 2, Milano, 1978.
- FRANCO R., *La comunione e il condominio*, in *Trattato di diritto immobiliare*, diretto da G. Visintini, III, Milano, 2013.
- FRANCO R., *Interferenze tra comunione e condominio nella recente evoluzione giurisprudenziale. L'area esterna, la costruzione su suolo comune e il principio dell'accessione*, in *Riv. dir. priv.*, 2014.
- FRANCO R., *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze*, Napoli, 2019.
- FRANCHI G., *Le denunce di nuova opera e di danno temuto*, Padova, 1968.
- GALGANO F., voce *Vendita (diritto privato)*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1993.
- GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, I, aggiornato a cura di N. Z. Galgano, Milano, 2014.
- GAZZARA G., voce *Accrescimento (dir. civ.)*, in *Enc. del dir.*, I, Milano, 1958.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2021.
- GIACOBBE G., *Data (in generale)*, in *Enc. del dir.*, XI, Milano, 1962.
- GIACOBBE G., *Data certa*, in *Enc. del dir.*, XI, Milano, 1962.

GORLA G., *L'accessione nel diritto civile italiano (Contributo alla dottrina dei modi d'acquisto della proprietà)*, in *Riv. it. scienz. giur.*, I, 1931.

GUARINO A., voce *Comunione (diritto civile)*, in *Enc. del dir.*, VIII, Milano, 1961.

GUARINO A., *Diritto privato romano*, Napoli, 2001.

GUERINONI E., *Proprietà e possesso*, I, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro e U. Morello, 2008, Milano.

GUARNERI A., *Costruzione su suolo comune senza il consenso dei comproprietari: accessione o comunione?*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2018.

LA PORTA U., *La rinuncia alla proprietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2018.

LENER A., *Proprietà*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 8, II, Torino, 1982.

MAGLIULO F., *Gli atti di disposizione su beni indivisi*, in *Riv. not.*, 1995, I.

MAZZARIOL R., *Comproprietà e vendita di cosa altrui*, Napoli, 2016.

MENGONI L., voce *Disposizione (atto di)*, in *Enc. del dir.*, XIII, Milano, 1964.

MIRABELLI G., *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955.

MONTEL A., voce *Accessione (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, I, 1, Torino, 1957.

MORELLO E., *L'istituto dell'accessione si applica anche nel caso di opera posta in essere da uno dei comproprietari*, in *condominioelocazione.it*, 26 febbraio 2018.

MUSOLINO G., *L'accessione di opere fatte da un terzo con materiali propri: la nozione di terzo*, in *Riv. not.*, 2001.

ORLANDO G., *Rinuncia opportunistica alla proprietà immobiliare e abbandono immobiliare*, in *Diritto dell'economia*, 2021.

PARADISO M., *L'accessione al suolo*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1994.

PEDRON A. M., *La costruzione su suolo di proprietà comune tra principio dell'accessione e regole della comunione*, in *Riv. not.*, 2008.

- PERLINGIERI P., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, nel *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1975.
- PERLINGIERI P. e FEMIA P., in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2021.
- PISELLI M., *Se lo "ius tollendi" non viene esercitato scatta diritto di credito*, in *il Sole 24 ore, Guida al diritto*, 2018, n. 12.
- PUGLIATTI S., *Il rapporto giuridico unisoggettivo*, Milano, 1951.
- PUGLIATTI S., voce *Alienazione*, in *Enc. del dir.*, II, Milano, 1958.
- PUGLIATTI S., *Assegno bancario e rapporto unisoggettivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966.
- PUGLIESE G., *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1956.
- QUADRI R., *La rinuncia al diritto reale immobiliare. Spunti di riflessione sulla causa dell'atto unilaterale*, Napoli, 2018.
- QUADRI R., *L'esclusione del coerede dalla divisione ereditaria*, in *Famiglia*, 2019.
- RAMPONI L., *Della comunione di proprietà o comproprietà*, Napoli-Torino, 1922.
- RAMPONI L., *Il diritto di accessione relativamente alle innovazioni nella cosa comune*, in *Riv. dir. agr.*, 1926.
- RECINTO G., *Vendita di quota indivisa e di bene comune da parte del coerede*, in *Notariato*, 2010.
- RINALDI F., *La donazione di bene altrui*, Napoli, 2012.
- SALARIS F., *Proprietà*, nel *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 7, I, Torino, 1982.
- SALIS L., *La comunione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, IV, Torino, 1939.
- SANFILIPPO C., voce *Accessione (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. It.*, I, 1, Torino, 1957.
- SANTORO PASSARELLI F., voce *Diritti assoluti e relativi*, in *Enc. del dir.*, XII, Milano, 1964.
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966.

- SCARPA A., *Chi prima scava meglio alloggia?*, in *Imm. propr.*, 2015.
- SEGRÈ G., *Intorno alla teoria dell'acquisto per accessione*, in *Foro it.*, 1891, I.
- SEMPRINI A., *Sulle alienazioni delle quote di un bene ricompreso nella massa ereditaria indivisa*, in *Contratti*, 2020.
- TABET A.- OTTOLENGHI E.- SCALITI G., *La proprietà*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1981.
- TOMMASINI R.- LA ROSA E., *I modi di acquisto della proprietà*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2017.
- TORMEN L., *Accessione e alterità soggettiva tra proprietario e costruttore: il chiarimento delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, VI, Parte Prima.
- TORRONI A., *La Cassazione torna sull'alienazione della quotina. Alla ricerca della ratio della qualifica giurisprudenziale come alienazione dell'esito divisionale e di soluzioni di tecnica contrattuale*, in *Riv. not.*, 2018.
- TRABUCCHI A., voce *Arricchimento (azione di) (diritto civile)*, in *Enc. del dir.*, III, Milano, 1958.
- TRIMARCHI G. A. M., *Edificazione su suolo comune da parte del comunista senza il consenso degli altri* (Studio civilistico n. 175-2008/C, approvato dalla Commissione Studi Civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato il 29 maggio 2008).
- TRIOLA R., *Dell'accessione, della specificazione, dell'unione e della commistione*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della proprietà. Art. 869-1099*, a cura di A. Jannarelli-F. Macario, Torino, 2012.
- VENDITTI A., *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Napoli, 1955.
- VITALE G., *Comunione e società*, in *Riv. dir. comm.*, 1965.
- VITALEVI M., *Della comunione dei beni*, Torino, 1884.
- ZANCHI G., *Altruità del bene e applicabilità della disciplina sull'accessione*, in *Giur. it.*, 2019.

Giurisprudenza

Cass., 14 giugno 2021, n. 16743, reperibile sul sito www.pluris-cedam.utetgiuridica.it

Cass., 30 aprile 2021, n. 11464, reperibile sul sito www.dejure.giuffrè.it

Cass., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, in *Riv. giur. ed.*, 2021, p. 92.

Cass., 28 agosto 2020, n. 18038, in *Giust. civ. Mass.*, 2020, reperibile integralmente sul sito www.dejure.giuffrè.it

Cass., 14 giugno 2019, n. 16070, reperibile sul sito www.dejure.giuffrè.it

Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, in *Foro it.*, 2018, I, c. 1200; in *Riv. notariato*, 2018, III, p. 589; in *Giur. it.*, 2018, p. 2349; in *il Sole 24 ore, Guida al diritto*, 2018, n. 12, p. 42; in *Studium iuris, Novità Giurisprudenziali*, 2018, p. 908; in *Notariato*, 2018, III, p. 287; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, VI, Parte Prima, p. 854; in *Dir. fam. e pers.*, II, 2018, p. 466; in *Giur. it.*, 2019, p. 300; in *Corr. giur.*, 2019, II, p. 191.

Cass., ord. int., 11 aprile 2017, n. 9316, in *Riv. giur. ed.*, 2017, II, p. 361.

Cass., 23 febbraio 2018, n. 4428, in *Riv. not.*, 2018, p. 757.

Cass., 4 settembre 2017, n. 20699, in *Guid. dir.*, 46, 2017, p. 68.

Cass. pen., 21 gennaio 2016, n. 6126, in *Riv. giur. ed.*, 2016, III, Parte Prima, p. 378.

Cass. pen., 19 maggio 2016, n. 38492, in *Cass. pen.*, 2017, XI, p. 4187, reperibile integralmente sul sito www.dejure.giuffrè.it

Cass., 24 gennaio 2011, n. 1556, reperibile sul sito www.dejure.giuffrè.it

Cass., 13 marzo 2009, n. 6262, in *Imm. propr.*, 2009, p. 388.

Cass. pen., 16 aprile 2009, n. 15926, in *Riv. giur. ed.*, 2016, III, Parte Prima, p. 379.

Cass., 27 marzo 2007, n. 7523, in *Riv. not.*, 2008, p. 612.

Cass. pen., 24 maggio 2007, n. 35376, in *Cass. pen.*, 2008, IX, p. 3424.

Cass. pen., 15 luglio 2005, n. 26121, in *Riv. pen.*, 2006, p. 847.

Cass., 19 novembre 2004, n. 21901, in *Riv. giur. ed.*, 2005, p. 1193.

Cass. pen., 22 gennaio 2003, n. 10632, in *Cass. pen.*, 2017, XI, p. 4187.

Cass., 8 giugno 2001, n. 7785, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, p. 1154, reperibile integralmente sul sito www.dejure.giuffrè.it

Cass., 29 marzo 2001, n. 4623, in *Riv. not.*, 2001, p. 1423.

Cass., 22 marzo 2001, n. 4120, reperibile sul sito www.dejure.giuffrè.it

Cass., 23 febbraio 1999, n. 1543, in *Giust. civ. Mass.* 1999, p. 386, in *Riv. giur. ed.*, 1999, p. 692 ed anche in *Arch. loc.*, 1999, p. 817.

Cass., 4 febbraio 1998, n. 1134, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, p. 236, reperibile integralmente sul sito www.dejure.giuffrè.it

Cass., 11 novembre 1997, n. 11120, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 2132, reperibile integralmente sul sito www.dejure.giuffrè.it

Cass., 14 dicembre 1994, n. 10699, reperibile sul sito www.dejure.giuffrè.it

Cass., 19 aprile 1994, n. 3714, in *Giur. it.*, 1995, p. 1947 ed anche in *Giust. civ. Mass.*, 1994, p. 526, reperibile integralmente sul sito www.dejure.giuffrè.it

Cass., 28 maggio 1993, n. 5985, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, p. 946, reperibile integralmente sul sito www.dejure.giuffrè.it

Cass., 30 marzo 1993, n. 3853, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, p. 580, reperibile integralmente sul sito www.dejure.giuffrè.it

Cass., 23 febbraio 1987, n. 1911, reperibile sul sito www.dejure.giuffrè.it

Cass., 27 agosto 1986, n. 5242, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Proprietà*, c. 2589, n. 35, reperibile integralmente sul sito www.dejure.giuffrè.it

Cass., 27 agosto 1985, n. 4569, reperibile sul sito www.dejure.giuffrè.it

Cass., 13 agosto 1985, n. 4427, in *Giust. Civ. Mass.*, 1985, f. 8 -9.

Cass., 21 ottobre 1981, n. 5511, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 52

Cass., 16 marzo 1981, n. 1455, in *Giust. Civ. Mass.*, 1981, f. 8.

Cass., 10 novembre 1980, n. 6034, in *Rep. Foro it.*, voce *Proprietà*, 1980, c. 2174.

Cass., 11 luglio 1978, n. 3479, in *Rep. Foro it.*, voce *Proprietà*, 1978, c. 2110, reperibile integralmente sul sito www.dejure.giuffrè.it

Cass., 12 maggio 1973, n. 1297, in *Rep. Foro it.*, voce *Comunione e condominio*, 1973, c. 491.

Cass., 6 maggio 1972, n. 1391, in *Giust. Civ. Mass.*, 1972, p. 755.

Cass., 30 aprile 1953, n. 1202, in *Foro it. Mass.*, 1953, p. 247.

App. Milano, 20 giugno 2019, n. 2732, reperibile sul sito www.dejure.giuffrè.it

Trib. Napoli, 10 novembre 2012, reperibile sul sito www.dejure.giuffrè.it