

CORSO DI PREPARAZIONE AL CONCORSO PER REFERENDARIO T.A.R.

**Rassegna giurisprudenziale deroghe legali e convenzionali al principio di
accessione**

SENTENZA

Cassazione civile sez. un. - 30/04/2020, n. 8434

Intestazione

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. MAMMONE	Giovanni	-	Primo Presidente	-
Dott. DI CERBO	Vincenzo	-	Presidente di Sez.	-
Dott. TRAVAGLINO	Giacomo	-	Presidente di Sez.	-
Dott. DORONZO	Adriana	-	Consigliere	-
Dott. ACIERNO	Maria	-	Consigliere	-
Dott. GIUSTI	Alberto	-	Consigliere	-
Dott. COSENTINO	Antonello	-	rel. Consigliere	-
Dott. MERCOLINO	Guido	-	Consigliere	-
Dott. VINCENTI	Enzo	-	Consigliere	-

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 22954/2014 proposto da:

H3G S.P.A., in persona dei legali rappresentanti pro tempore,
elettivamente domiciliata in ROMA, VIA UGO DE CAROLIS 101, presso lo
studio dell'avvocato MARCO MORGANTI, rappresentata e difesa dagli
avvocati ISIDORO DI GIOVANNI e MARCELLO BERNARDUZZI;

- ricorrente -

contro

MANAS S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore,
elettivamente domiciliata in ROMA, PIAZZA CAPRANICA 78, presso lo
studio dell'avvocato FEDERICO MAZZETTI, che la rappresenta e difende
unitamente all'avvocato DANIELE ROVELLI;

- controricorrente e ricorrente successivo -

e contro

CONDOMINIO (OMISSIS), B.D., M.A.,
C.V.;

- intimati -

avverso la sentenza n. 611/2014 della CORTE D'APPELLO di GENOVA,
depositata il 07/05/2014.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del
05/11/2019 dal Consigliere Dott. ANTONELLO COSENTINO;

udito il Pubblico Ministero, in persona dell'Avvocato Generale Dott.
MATERA Marcello, che ha concluso per l'accoglimento dei ricorsi;

FATTI DI CAUSA

1. Con citazione del 12 novembre 2008 il Condominio (OMISSIS), e i condomini B.D., M.A. e C.V. convennero davanti al Tribunale di Chiavari la società Manas s.r.l., partecipante al condominio, e la società H3G s.p.a., domandando la rimozione dal tetto del fabbricato condominiale dell'impianto di antenne per la telefonia mobile di proprietà della H3G s.p.a.; tale impianto era collegato, tramite cavi attraversanti le parti comuni dell'edificio, ad una cantina di proprietà della Manas s.r.l., ove erano installati altri impianti posti al servizio delle antenne.
2. La convenuta Manas s.r.l. dedusse di aver concesso l'uso di una porzione del tetto per l'installazione dell'impianto alla società Blu s.p.a. - alla quale era poi subentrata la H3G s.p.a. - con contratto di locazione avente data certa del 3 dicembre 2001; secondo la Manas, detto contratto doveva ritenersi opponibile, per il principio emptio non tollit locatum fissato nell'art. 1599 c.c., a tutti gli acquirenti delle singole unità immobiliari del fabbricato, i quali erano subentrati nel condominio in data successiva a quella di registrazione del contratto di locazione. La Manas aggiunse che la locazione era comunque nota ai condomini, perchè questi avevano dichiarato nel regolamento di condominio, di natura contrattuale, di conoscere l'esistenza della servitù derivante dall'installazione dell'impianto di telefonia sul tetto condominiale.
3. L'altra convenuta, H3G s.p.a., parimenti allegò di essere nel godimento del bene in forza del contratto di locazione stipulato con la Manas s.r.l..
4. Entrambi i convenuti, concludendo per il rigetto delle domande degli attori, proposero, in linea di ipotesi, reciproche domande di manleva.
5. Il Tribunale di Chiavari, con sentenza del 18 marzo 2010, respinse le domande degli attori.
6. La sentenza di primo grado è stata ribaltata dalla Corte d'appello di Genova, la quale, con sentenza del 7 maggio 2014, ha accolto il gravame avanzato dal Condominio (OMISSIS), nonchè da B.D., M.A. e C.V. ed ha negato il diritto delle parti appellate di mantenere sul tetto dello stabile condominiale il supporto con antenne per telefonia mobile, con relative opere ed infrastrutture; conseguentemente, la Corte d'appello ha condannato le medesime appellate a rimuovere tali opere, nonchè i cavi di collegamento tra le stesse e le apparecchiature situate nel locale cantina di proprietà della società Manas. La Corte territoriale, per quanto qui ancora interessa, ha altresì rigettato la domanda di manleva

proposta da H3G s.p.a., nei confronti della Manas s.r.l., ritenendo non provato il danno preteso dalla H3G s.p.a..

7. La sentenza di appello ha preliminarmente precisato, in linea di fatto, che il contratto di locazione concluso tra Manas s.r.l. e la H3G s.p.a. il 3 dicembre 2001 era posteriore alla costituzione del condominio, risalendo quest'ultima al 2 agosto 2001, epoca della stipula dell'atto con cui le originarie proprietarie dell'intero fabbricato avevano venduto cinque appartamenti alla società Manas e un appartamento alla società Sac s.r.l.. Sulla scorta di tale premessa di fatto, la Corte ligure ha argomentato, in linea di diritto:

- che la Manas s.r.l. aveva agito nel proprio interesse e non nell'interesse del condominio, come reso palese dal rilievo che il canone della locazione veniva da lei stessa integralmente percepito;

- che, conseguentemente, il suddetto contratto di locazione non poteva ritenersi un atto di gestione della cosa comune, bensì un atto "di appropriazione del bene comune, che supera i limiti dell'uso lecito, riconosciuto dalla legge a favore di ciascun partecipante al condominio" (pag. 4, rigo 21, della sentenza); ciò in quanto, nella specie, per un verso, il lastrico condominiale risultava "asservito non all'uso esclusivo di una unità dello stesso stabile di proprietà esclusiva di un condomino, ma all'esercizio di un impianto estraneo al condominio" (pag. 4, penultimo rigo, della sentenza) e, per altro verso, la collocazione fissa di un traliccio costituiva un uso "invasivo incompatibile con le simultanea utilizzazione del bene comune - sia pure potenziale e con modalità diverse - da parte degli altri condomini" (pag. 5, rigo 6, della sentenza);

- che la clausola del regolamento condominiale dichiarativa dell'esistenza di una servitù sul tetto del caseggiato non poteva essere riferita all'impianto in contestazione, la presenza del quale "non forma oggetto di una servitù, ancorchè ne abbia l'apparenza materiale, ma di un diritto personale di godimento" (pag. 5, rigo 10, della sentenza); d'altra parte, osserva la corte ligure "la semplice menzione dell'esistenza di una servitù, contenuta nel regolamento di condominio, non può valere a costituire un diritto inesistente" (pag. 5, rigo 17, della sentenza).

8. Avverso la sentenza della Corte d'appello di Genova la società Manas s.r.l. ha proposto ricorso per cassazione, articolato in tre motivi.

9. Contro la stessa sentenza anche la H3G s.p.a. (ora WIND TRE s.p.a.) ha proposto distinto ricorso per cassazione, articolato in quattro motivi.

10. La Manas s.r.l. ha resistito altresì con controricorso al ricorso della H3G s.p.a..

11. Sono rimasti intimati, senza svolgere attività difensive, il Condominio (OMISSIS), B.D., M.A. e C.V..

12. Il ricorso della Manas s.r.l., ancorchè depositato dopo quello della H3G s.p.a. (e, pertanto, iscritto a ruolo come ricorso successivo), risulta notificato per primo e, pertanto, assume caratteri ed effetti d'impugnazione principale, mentre il ricorso della H3G s.p.a. si converte, riunito a quello della Manas s.r.l., in ricorso incidentale.

13. La discussione dei ricorsi veniva dapprima fissata in Camera di consiglio, ai sensi dell'art. 375 c.p.c., comma 2 e art. 380 bis 1 c.p.c., per l'adunanza del 7 novembre 2018; all'esito di tale adunanza il Collegio, con ordinanza interlocutoria del 20 novembre 2018, ha rimesso la causa alla pubblica udienza, ritenendo di particolare rilevanza la questione di diritto sottesa al ricorso.

14. Alla pubblica udienza del 13 marzo 2019 - per la quale Manas s.r.l. e H3G s.p.a. (ora WIND TRE s.p.a.) presentavano memorie ex art. 378 c.p.c. - la Seconda Sezione civile rimetteva la causa al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite sulla questione di massima di particolare importanza: "se è necessario il consenso di tutti i partecipanti, ai sensi dell'art. 1108 c.c., comma 3, per l'approvazione del contratto col quale un condominio conceda in godimento ad un terzo, dietro il pagamento di un corrispettivo, il lastrico solare, o altra idonea superficie comune, allo scopo precipuo di consentirgli l'installazione di infrastrutture ed impianti (nella specie, necessari per l'esercizio del servizio di telefonia mobile), che comportino la trasformazione dell'area, riservando comunque al detentore del lastrico di acquisire e mantenere la proprietà dei manufatti nel corso del rapporto come alla fine dello stesso".

15. La causa, rimessa dal Primo Presidente alle Sezioni Unite, è stata quindi discussa e decisa nella pubblica udienza del 5 novembre 2019, in cui il Procuratore Generale ha concluso come riportato in epigrafe.

RAGIONI IN DIRITTO

16. La Sezione remittente, nel proporre a queste Sezioni Unite la questione di massima riportata nel precedente p. 14 ha evidenziato come la relativa soluzione postuli un chiarimento sulla "esatta qualificazione del contratto col quale un condominio conceda in godimento ad un terzo, dietro il pagamento di un corrispettivo, il lastrico solare, o altra idonea superficie comune, allo scopo precipuo di consentirgli l'installazione di infrastrutture ed impianti (nella specie, necessari per l'esercizio del servizio di telefonia mobile), che comportino la trasformazione dell'area, garantendo comunque al detentore del lastrico di acquisire e conservare la proprietà dei manufatti sia nel corso del rapporto sia alla cessazione di esso" (p. VII, pag. 8, dell'ordinanza di rimessione).

17. Il suddetto rilievo va condiviso. In effetti, alla luce del disposto dell'art. 1108 c.c., comma 3, è proprio la qualificazione del menzionato contratto - e quindi, in definitiva, la

verifica se esso concerna la costituzione di un diritto reale di superficie oppure la concessione di un diritto personale di godimento lato sensu riconducibile al tipo negoziale della locazione - ad orientare la soluzione della questione relativa alla necessità del consenso di tutti i partecipanti al condominio per la relativa approvazione.

18. Prima di affrontare il tema della qualificazione negoziale indicato nel paragrafo che precede è peraltro opportuno, onde perimetrare con chiarezza il campo dell'indagine, chiarire che, ai fini della soluzione della questione della necessità del consenso unanime dei condomini per l'approvazione della cessione temporanea a terzi di un lastrico condominiale, finalizzata all'installazione di un ripetitore di segnale, non viene in rilievo la disciplina dettata dall'art. 1120 c.c., per le innovazioni.

18.1. In proposito va preliminarmente evidenziato che non può trovare seguito l'opinione, avanzata in dottrina, secondo cui la collocazione di un ripetitore sul tetto di un fabbricato esulerebbe, di per se stessa, dal concetto di innovazione o di modificazione in senso proprio.

18.2. Tale opinione si fonda sul rilievo che il ripetitore non inciderebbe sulla consistenza materiale del tetto e non sarebbe funzionale alla utilità del medesimo o all'uso che esso consente ai condomini, cosicché lo stesso non risulterebbe diretto "al miglioramento o all'uso più comodo o al maggior rendimento" (art. 1120 c.c., comma 1) del tetto, del quale lascerebbe inalterata la consistenza e la conformazione ed al quale verrebbe ad aggiungersi. Al riguardo, per contro, va qui richiamato il risalente e consolidato orientamento di questa Corte secondo cui costituisce innovazione ex art. 1120 c.c., la modificazione della cosa comune che alteri l'entità materiale del bene operandone la trasformazione, ovvero determini la trasformazione della sua destinazione, nel senso che detto bene presenti, a seguito delle opere eseguite, una diversa consistenza materiale ovvero sia utilizzato per fini diversi da quelli precedenti l'esecuzione delle opere (sentt. nn. 2940/1963, 240/1997, 862/1998, 15460/2002, 18052/12, ord. n. 20712/2017). Sulla scorta di tali principi di diritto risulta inevitabile concludere che la collocazione sul lastrico condominiale di un manufatto stabilmente infisso nell'impiantito va considerata una "innovazione", nel senso di cui all'art. 1120 c.c., in quanto determina una parziale trasformazione della destinazione del medesimo lastrico. Esula dall'oggetto del presente giudizio l'esame del rapporto tra il campo applicativo dell'art. 1120 c.c., come modificato dalla riforma della disciplina del condominio recata dalla L. n. 220 del 2012 e art. 1117 ter c.c., introdotto ex novo da detta riforma. In questa sede è sufficiente sottolineare che un lastrico solare sul quale venga realizzato un manufatto mantiene, ciò non di meno, la propria funzione di copertura del fabbricato e di protezione del medesimo dalle intemperie, ma tuttavia perde, per la parte della sua estensione su cui il manufatto insiste, la sua destinazione al calpestio.

18.3. La ragione per cui la cessione temporanea a terzi di un lastrico condominiale, finalizzata all'installazione sul medesimo di un ripetitore di segnale, non è riconducibile alla disciplina delle innovazioni dettata dall'art. 1120 c.c., non va, dunque, rinvenuta nelle caratteristiche oggettive dell'opera, bensì nella considerazione che l'immutatio foci derivante dall'ancoraggio dell'impianto al lastrico solare viene realizzata non su disposizione, a spese e nell'interesse del condominio, bensì su disposizione, a spese e nell'interesse del terzo cessionario del godimento del lastrico. Non si tratta, in altri termini, dell'installazione, ad opera del condominio, di un impianto tecnologico destinato all'uso comune, del quale il medesimo condominio abbia deciso di dotarsi (e le cui spese, per il principio maggioritario, gravano anche sui dissenzienti, salva la specifica disciplina dettata dall'art. 1121 c.c.), ma dell'installazione, ad opera ed a spese di un terzo, di un impianto tecnologico destinato all'utilizzo esclusivo di tale terzo. La vicenda va quindi guardata non nella prospettiva dell'approvazione di una innovazione ai sensi dell'art. 1120 c.c., bensì nella prospettiva dell'approvazione di un atto di amministrazione (il contratto con il terzo) ai sensi dell'art. 1108 c.c., comma 3. Si tratta dunque, in sostanza, di verificare se l'atto di amministrazione costituito da un contratto di cessione totale o parziale del lastrico condominiale ad una impresa di telefonia ai fini della installazione di un ripetitore - per un tempo determinato e con la conservazione in capo al concessionario dell'esclusiva disponibilità dell'impianto (col conseguente jus tollendi) - rientri tra quelli che dell'art. 1108 c.c., comma 3, sottrae al potere dell'assemblea e, quindi, alla regola maggioritaria.

19. Esclusa, quindi, la rilevanza, ai fini che ci occupano, del disposto dell'art. 1120 c.c., la prima considerazione da svolgere in relazione alla questione di massima sollevata dalla Seconda Sezione civile è che, secondo il consolidato orientamento di questa Corte, quando non risulti possibile l'uso diretto della cosa comune per tutti i partecipanti al condominio, in proporzione delle rispettive quote millesimali (promiscuamente o con turnazioni temporali o con frazionamento degli spazi), la compagine condominiale può deliberare l'uso indiretto della cosa comune e tale deliberazione, quando si tratti di atto di ordinaria amministrazione (come nel caso della locazione di durata non superiore a nove anni), può essere adottata a maggioranza (sentt. nn. 8528/1994, 10446/1998, 4131/2001 e, più recentemente, 22435/2011).

20. Può quindi pervenirsi alla prima, parziale, conclusione che, ai fini dell'approvazione di un contratto avente ad oggetto la concessione temporanea, a titolo oneroso, della facoltà di installare un ripetitore di segnale sul lastrico condominiale, ai sensi dell'art. 1108 c.c., comma 3, non è necessario il consenso di tutti i condomini nel caso in cui tale concessione trovi titolo in un contratto che non abbia ad oggetto il trasferimento o la costituzione di diritti reali e non attribuisca un diritto personale di godimento di durata superiore a nove anni.

21. Il nodo nel quale si sostanzia la questione di massima proposta dalla Seconda Sezione civile si risolve, allora, nello stabilire se un contratto con cui il proprietario di un lastrico

solare attribuisca all'altro contraente, a titolo oneroso, il diritto di installarvi e mantenervi per un certo tempo un ripetitore e di asportarlo al termine del rapporto debba qualificarsi come contratto ad effetti reali o come contratto ad effetti obbligatori; nella prima ipotesi, infatti, ove il lastrico solare appartenga ad un condominio, l'approvazione del contratto richiede, ai sensi dell'art. 1108 c.c., comma 3, il consenso di tutti i condomini.

22. Va sottolineato che la questione di massima posta dalla Sezione remittente è riferita, in ragione dell'oggetto del giudizio, ad un lastrico condominiale. La questione di qualificazione negoziale menzionata nel paragrafo che precede, tuttavia, prescinde, evidentemente, dalla natura individuale o comune o condominiale della proprietà del lastrico.

Conseguentemente, nella presente sentenza dapprima si esaminerà la questione della qualificazione del contratto con cui il proprietario di un lastrico solare attribuisca ad altri, a titolo oneroso, il diritto di installarvi e mantenervi per un certo tempo un ripetitore e di asportarlo al termine del rapporto contrattuale; successivamente, si trarranno le conseguenze degli esiti di tale esame nella specifica ipotesi che detto contratto riguardi un lastrico di copertura di un fabbricato condominiale.

23. La questione delineata nel paragrafo 21 si connota, in primo luogo, come questione di ermeneusi negoziale, la cui soluzione compete al giudice di merito. Come è stato segnalato da avvertita dottrina, infatti, al fine di attribuire al contratto di cui si discute effetti reali o effetti obbligatori, bisogna innanzi tutto valutare l'effettiva volontà delle parti, desumibile, oltre che dal nomen juris (di per se stesso non determinante, ma nemmeno del tutto trascurabile nel processo interpretativo), anche da altri elementi testuali, quali la previsione relativa alla durata, la disciplina negoziale della sorte del manufatto al momento della cessazione del rapporto, la determinazione del corrispettivo come unitario o come canone periodico, la regolazione degli obblighi del cessionario in ordine alla manutenzione della base della installazione, l'eventuale richiamo a specifici aspetti della disciplina delle locazioni non abitative; nonché da elementi extratestuali, quali la forma dell'atto e il comportamento delle parti. A quest'ultimo riguardo può, ad esempio, evidenziarsi come la stipula del contratto per atto pubblico può essere valorizzata a favore della qualificazione dell'atto come contratto a effetti reali ed altrettanto può dirsi, ai sensi dell'art. 1326 c.c., comma 2, in relazione al comportamento delle parti, successivo alla conclusione del contratto, consistente nella decisione di trascrivere l'atto nei registri immobiliari pur quando il diritto di utilizzazione del lastrico solare sia stato concesso per una durata inferiore a nove anni. Il tema posto dalla Sezione remittente si colloca, tuttavia, a monte dell'ermeneusi negoziale concernente il singolo contratto dedotto in giudizio, in quanto investe la stessa possibilità astratta di qualificare il contratto di concessione di un lastrico solare per l'installazione di un ripetitore di segnale come contratto costitutivo di un diritto reale di superficie o come contratto ad effetti obbligatori; ipotesi, la prima, non percorribile ove si neghi ai ripetitori di segnale la qualifica di beni immobili e, la seconda, non sempre riconosciuta dalla giurisprudenza di merito (cfr. Corte di appello di Firenze, 15 ottobre 2005

n. 1470: "In ogni caso, la struttura la cui realizzazione si è consentita con la Delibera impugnata è destinata ad essere stabilmente infissa sul lastrico solare, ergendosi in altezza; ciò significa che con la decisione assembleare si è costituito sul lastrico comune un diritto reale di superficie").

24. La prima questione da risolvere, ai fini dello scioglimento della questione di ermeneusi negoziale prospettata nel paragrafo 21, consiste, allora, nello stabilire se i ripetitori di segnale debbano considerarsi beni immobili (e, più specificamente, costruzioni) o beni mobili; in questa seconda ipotesi, infatti, la possibilità di qualificare il contratto di cui si tratta come atto costitutivo di un diritto di superficie non potrebbe porsi nemmeno in astratto.

24.1. La Sezione Unite ritengono che i menzionati ripetitori debbano essere considerati beni immobili, rientrando essi tra le "altre costruzioni, anche se unite al suolo a scopo transitorio" secondo il disposto dell'art. 812 c.c., comma 2.

24.2. Al riguardo va sottolineato come la giurisprudenza di legittimità abbia chiarito che costituisce bene immobile qualsiasi costruzione, di qualunque materiale formata, che sia incorporata o materialmente congiunta al suolo, anche se a scopo transitorio (Cass. n. 679/1968); che deve considerarsi costruzione qualsiasi manufatto non completamente interrato che abbia i caratteri della solidità, stabilità e immobilizzazione al suolo, anche mediante appoggio, incorporazione o collegamento fisso a corpo di fabbrica preesistente o contestualmente realizzato, e ciò indipendentemente dal livello di posa e di elevazione dell'opera, dai caratteri del suo sviluppo volumetrico esterno, dall'uniformità o continuità della massa, dal materiale impiegato per la sua realizzazione e dalla sua funzione o destinazione (Cass. n. 20574/2007); che, ai fini delle norme codicistiche sulla proprietà, la nozione di costruzione non è limitata a realizzazioni di tipo strettamente edile, ma si estende ad un qualsiasi manufatto, avente caratteristiche di consistenza e stabilità, per le quali non rileva la qualità del materiale adoperato (Cass. n. 4679/2009, pag. 6); che la nozione di "costruzione" comprende qualsiasi opera, non completamente interrata, avente i caratteri della solidità ed immobilizzazione rispetto al suolo (Cass. n. 22127/2009 che ha ritenuto che integrasse la nozione di "costruzione" una baracca di zinco costituita solo da pilastri sorreggenti lamiera, priva di mura perimetrali ma dotata di copertura).

24.3. In definitiva, ricordato il risalente ed autorevole insegnamento secondo cui la distinzione tra immobili e mobili è, al pari di tutte le altre distinzioni sulle cose, ispirata da criteri economico-sociali e non da criteri naturalistici, deve affermarsi che, come è stato segnalato in dottrina, ai fini della qualificazione di un bene come immobile, l'"incorporazione" a cui fa riferimento dell'art. 812 c.c., comma 1, va intesa come relazione strumentale e funzionale tra bene incorporato e bene incorporante; ciò che quindi essenzialmente rileva - più che la stabilità dell'unione del bene al suolo, o il tipo di tecnica usata per realizzare tale unione, o la irreversibilità dell'unione stessa - è l'idoneità del bene incorporato al suolo a formare oggetto di diritti non in sé isolatamente considerato, ma in

quanto rapportato alla sua dimensione spaziale. Un bene è immobile, in senso giuridico, in quanto gli interessi che esso soddisfa sono determinati proprio dalla sua staticità, nel senso che esso assolve a determinate esigenze in quanto insiste su un certo luogo. Ciò che, appunto, può dirsi di un ripetitore di segnale.

24.4. Va aggiunto che i ripetitori telefonici devono altresì considerarsi - oltre che, genericamente, beni immobili ai sensi dell'art. 812 c.c. - anche "costruzioni" agli specifici effetti tanto dell'art. 934 c.c. (e, dunque, suscettibili di accessione), quanto dell'art. 952 c.c. (e, dunque, suscettibili di costituire oggetto di un diritto di superficie). Supportano tale conclusione le indicazioni, puntualmente sottolineate nella ordinanza di remissione, che si desumono, per un verso, dal testo unico dell'edilizia (D.P.R. n. 380 del 2001), il quale, nell'art. 3, comma 1, lett. e), punto 4, ricomprende espressamente, fra gli interventi di "nuova costruzione" la "installazione... di ripetitori per i servizi di telecomunicazione"; per altro verso, dal codice delle comunicazioni elettroniche (D.Lgs. n. 259 del 2003), il quale, nell'art. 86, comma 3, espressamente assimila alle opere di urbanizzazione primaria le "infrastrutture di reti pubbliche di comunicazione, di cui agli artt. 87 e 88", ossia, a mente del D.P.R. n. 259 del 2003, art. 87, comma 1, le "infrastrutture per impianti radioelettrici... e, in specie, l'installazione di torri, di tralicci, di impianti radio-trasmittenti, di ripetitori di servizi di comunicazione elettronica, di stazioni radio base per reti di comunicazioni elettroniche mobili GSM/UMTS, per reti di diffusione, distribuzione e contribuzione dedicate alla televisione digitale terrestre, per reti a radiofrequenza dedicate alle emergenze sanitarie ed alla protezione civile, nonché per reti radio a larga banda punto-multipunto nelle bande di frequenza all'uopo assegnate".

24.5. La conclusione enunciata nel paragrafo precedente risulta suffragata anche dalla giurisprudenza penale di questa Suprema Corte, la quale - in sintonia con la giurisprudenza costituzionale (C. Cost. n. 129/2006) e amministrativa (Cons. Stato nn. 100/2005, 4159/2005, 2436/2010) - ha chiarito che, in tema di installazione di infrastrutture di comunicazione elettronica per impianti radioelettrici, il provvedimento autorizzatorio e la procedura di denuncia di inizio attività previsti dal D.Lgs. n. 259 del 2003, art. 87, hanno quale contenuto anche la verifica della compatibilità urbanistico-edilizia dell'intervento (Cass. Pen. 41598/2005); donde la conseguenza che l'installazione di impianti di telefonia mobile senza il preventivo rilascio dell'autorizzazione disciplinata dal D.Lgs. n. 259 del 2003, suddetto art. 87, integra il reato previsto dal D.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, lett. b).

24.6. Nè, si osserva da ultimo, la tesi che i ripetitori di segnale rientrano nella categoria delle "costruzioni", che qui si sostiene, trova ostacolo nella disposizione, che pure si rinviene nel D.P.R. n. 259 del 2003, art. 86, citato comma 3, che le infrastrutture suddette "non costituiscono unità immobiliari ai sensi del D.M. Finanze 2 gennaio 1998, n. 28, art. 2 e non rilevano ai fini della determinazione della rendita catastale". Tale disposizione ha infatti portata e finalità esclusivamente tributaria, innovando rispetto alla precedente prassi

dall'Amministrazione finanziaria, che, con la circolare dell'Agenzia del Territorio n. 4/2006, aveva, di contro, stabilito che gli impianti per la diffusione della telefonia mobile dovessero essere dichiarati al catasto edilizio urbano nel caso in cui risultassero collocati su aree o locali (preesistenti o di nuova costruzione) specificamente destinati ad ospitarli.

25. Se, dunque, un ripetitore di segnale può essere considerato un bene immobile e, più specificamente, una costruzione, si deve concludere che il programma negoziale con cui il proprietario di un lastrico solare intenda concedere ad altri, a titolo oneroso, la facoltà di installarvi e mantenervi per un certo tempo un ripetitore, con il diritto per il cessionario di mantenerne la disponibilità ed il godimento e di asportarlo alla fine del rapporto, può astrattamente essere perseguito attraverso un contratto ad effetti reali e, precisamente, attraverso un contratto costitutivo del diritto reale di superficie. Non può dunque condividersi l'opinione, avanzata in dottrina, secondo la quale il concetto di costruzione di cui all'art. 952 c.c., evocherebbe una nozione tradizionale di costruzione che richiamerebbe pur sempre l'idea di un manufatto stabilmente destinato a circoscrivere lo spazio e, quindi, a distinguere uno spazio interno dallo spazio esterno, in tal modo generando un volume. La suddetta opinione, infatti, non soltanto non risulta sorretta da evidenze esegetiche che autorizzino ad assegnare alla nozione di costruzione contemplata nell'art. 952 c.c., un significato diverso da quello alla stessa correntemente assegnato dalla giurisprudenza civile richiamata nel precedente paragrafo 24.2, ma risulta incompatibile anche con gli orientamenti espressi dalla giurisprudenza penale, amministrativa e costituzionale richiamata nel paragrafo che precede.

25.1. Per completezza argomentativa è opportuno escludere espressamente che la situazione soggettiva di vantaggio generata dalla cessione del godimento di un lastrico solare finalizzata alla installazione di un ripetitore da parte del cessionario possa essere riferita a diritti reali diversi dalla superficie.

25.2. In primo luogo va esclusa la utilizzabilità del modello della servitù volontaria (anche industriale, ex art. 1028 c.c., u.p.), per l'assorbente considerazione che la servitù presuppone una utilitas per il fondo dominante e, quindi, l'esistenza di un fondo dominante, nella specie non configurabile.

25.3. Parimenti va esclusa la utilizzabilità del modello del diritto reale di uso disciplinato dall'art. 1021 c.c.. E' vero, infatti, che, come affermato da questa Corte con la sentenza n. 7811/2006, l'edificazione sul fondo rientra tra le facoltà dell'utente (fermo restando l'obbligo di quest'ultimo di restituire la cosa, al momento dell'estinzione del diritto per decorso del termine di durata, nello stato in cui l'ha ricevuta e salva la regolamentazione convenzionale degli effetti determinati dalla realizzazione della costruzione). Ed è parimenti vero che, in linea di principio, non vi sono ragioni che escludono che tale diritto possa sorgere in capo alle persone giuridiche (salvo che, come segnalato da risalente ed autorevole dottrina, le facoltà di queste ultime si limitano all'utilizzazione e non

comprendono la raccolta dei frutti, anche quando si tratti di cose fruttifere, non verificandosi, nei loro riguardi, la condizione a cui è subordinato il diritto ai frutti, ossia la sussistenza di bisogni personali da soddisfare). Tuttavia, la non riferibilità al diritto reale di uso della situazione soggettiva dell'impresa di telecomunicazioni che si renda cessionaria di un lastrico al fine di installarvi un ripetitore discende dal rilievo che l'unica facoltà che contrattualmente compete alla cessionaria è, appunto, quella di installare sul lastrico un ripetitore. Laddove questa Corte ha chiarito che l'ampiezza del potere dell'utente di servirsi della cosa traendone ogni utilità ricavabile, se può incontrare limitazioni derivanti dalla natura e dalla destinazione economica del bene, non può soffrire condizionamenti maggiori o ulteriori derivanti dal titolo (Cass. n. 17320/2015, nonché Cass. n. 5034/2008, dove si è altresì precisato che la differenza, dal punto di vista sostanziale e contenutistico, tra il diritto reale d'uso e il diritto personale di godimento è costituita dall'ampiezza ed illimitatezza del primo, rispetto alla multiforme possibilità di atteggiarsi del secondo che, in ragione del suo carattere obbligatorio, può essere diversamente regolato dalle parti nei suoi aspetti di sostanza e di contenuto). Donde la non utilizzabilità del paradigma del diritto reale di uso, giacché il principio del *numerus clausus* dei diritti reali non consente di ritenere che il nucleo di poteri e di modalità di godimento che connotano l'utilità che il titolare di un determinato diritto reale può trarre dal bene che ne forma oggetto possa essere conformato dall'autonomia privata; quest'ultima, infatti, può conformare, ai sensi dell'art. 1322 c.c., i rapporti obbligatori, ma non le situazioni reali, in ciò sostanziandosi, in ultima analisi, la differenza tra "tipo contrattuale" e "tipo di diritto reale".

26. Lo schema negoziale attraverso il quale il proprietario di un lastrico solare può concedere ad altri, a titolo oneroso, il diritto reale di installarvi un ripetitore, mantenerne la disponibilità ed il godimento per un certo tempo ed asportarlo al termine del rapporto va allora individuato, come anticipato nel p. 25, nel contratto costitutivo di un diritto reale di superficie; diritto che, appunto, conferisce all'acquirente la facoltà di realizzare e mantenere, sul suolo altrui, una costruzione destinata, una volta realizzata, ad entrare nella sua proprietà superficaria. Il diritto di superficie può essere a tempo determinato, in conformità al disposto dell'art. 953 c.c. e, al momento della sua estinzione per la scadenza del termine, il titolare della proprietà superficaria può asportare il manufatto, ove ciò le parti abbiano pattuito, in deroga alla norma contenuta nel medesimo dell'art. 953 c.c. (dispositiva e non imperativa), alla cui stregua il proprietario del suolo diventa proprietario della costruzione quando il diritto di superficie si estingue.

26.1. Perché il diritto conferito al cessionario del lastrico solare comprensivo delle facoltà di installarvi l'impianto, di utilizzare e mantenere quest'ultimo e, infine, di asportarlo al momento dell'estinzione del diritto per il decorso del termine pattuito - possa essere configurato come un diritto reale di superficie sarà peraltro necessario riscontrare che le parti abbiano inteso attribuire al suddetto diritto le caratteristiche tipiche della realtà; vale a

dire, l'efficacia erga omnes (ossia la possibilità di farlo valere nei confronti di tutti e non solo del concedente), la trasferibilità a terzi, l'assoggettabilità al gravame ipotecario.

27. Una volta acclarato che la concessione a titolo oneroso della facoltà di installare e mantenere per un certo tempo un ripetitore su un lastrico solare, con il diritto per il cessionario di mantenere la disponibilità ed il godimento del ripetitore, ed asportare il medesimo alla fine del rapporto, può astrattamente essere realizzata attraverso un contratto ad effetti reali e, specificamente, un contratto costitutivo del diritto di superficie, va ora verificata la possibilità che analogo risultato socio-economico possa essere conseguito, mutatis mutandis, anche mediante un contratto ad effetti obbligatori.

28. Ritengono le Sezioni Unite che debba riconoscersi al proprietario di un lastrico solare la possibilità di attribuire ad altri, mediante un contratto ad effetti obbligatori, il diritto personale di installarvi un ripetitore, o altro impianto tecnologico, con facoltà per il beneficiario di mantenere la disponibilità ed il godimento dell'impianto e di asportare il medesimo alla fine del rapporto. Non vi è infatti ragione per negare alle parti la possibilità di scegliere, nell'esercizio dell'autonomia privata riconosciuta dall'art. 1322 c.c., se perseguire risultati socio-economici analoghi, anche se non identici, mediante contratti ad effetti reali o mediante contratti ad effetti obbligatori; come si verifica, ad esempio, in relazione all'attribuzione del diritto di raccogliere i frutti dal fondo altrui (che può essere conseguita attraverso un contratto costitutivo del diritto di usufrutto o attraverso un contratto attributivo di un diritto personale di godimento, lato sensu riconducibile al modello del contratto di affitto) o in relazione all'attribuzione del diritto di attraversare il fondo altrui (che può essere conseguita attraverso un contratto costitutivo di una servitù di passaggio o attraverso un contratto attributivo di un diritto personale di passaggio, cfr. Cass. 2651/2010, Cass. 3091/2014).

28.1. L'accordo con cui il proprietario di un'area conceda ad altri il diritto personale di edificare sulla stessa e rinunci agli effetti dell'accessione e, così, consenta alla controparte di godere e disporre del fabbricato e di asportarlo alla cessazione del rapporto è riconducibile allo schema del contratto atipico di concessione dello jus ad aedificandum ad effetti obbligatori.

28.2. L'ammissibilità, nel nostro ordinamento, del suddetto negozio atipico è già stata affermata da questa Corte nella sentenza n. 2851/1967, dove si è affermato che la concessione ad aedificandum, da cui deriva il diritto di fare e mantenere determinate costruzioni al di sopra del suolo altrui, può, in taluni casi, pur attribuendo il godimento esclusivo dell'opera in correlazione e per la durata del diritto di godimento del terreno, avere un contenuto diverso dal diritto reale ed assumere, in particolare, le caratteristiche di un diritto personale di natura obbligatoria. E' quindi giuridicamente configurabile, si precisa in Cass. n. 2851/1967, un negozio ad effetti obbligatori, qualificabile come tipo anomalo di locazione, in cui al locatario si concede il godimento di un terreno, con facoltà di farvi delle

costruzioni di cui godrà precariamente come conduttore e che, alla fine del rapporto, dovranno essere rimosse a sua cura. In senso conforme si sono successivamente espresse le sentenze nn. 2036/1968, 3318/1968, 3721/1974, 3351/1984, 4111/1985, 1392/98 e 7300/01, le quali hanno reiteratamente ribadito che, in ragione dell'autonomia contrattuale riconosciuta alle parti dall'art. 1322 c.c., la concessione ad aedificandum, non si concreta sempre e necessariamente in un diritto di superficie, ai sensi dell'art. 952 c.c., ma, in taluni casi, può assumere i caratteri e i contenuti di un diritto personale nei soli confronti del concedente, che trova la sua fonte in un contratto (atipico) con effetti meramente obbligatori non soggetto a rigori di forma o di pubblicità.

28.3 Va quindi conclusivamente affermato che il programma negoziale con cui il proprietario di un lastrico solare intenda concedere ad altri, a titolo oneroso, la facoltà di installarvi e mantenervi per un certo tempo un ripetitore, con il diritto per il cessionario di mantenere la disponibilità ed il godimento del ripetitore, ed asportare il medesimo alla fine del rapporto, può astrattamente essere perseguito tanto attraverso un contratto ad effetti reali quanto attraverso un contratto ad effetti obbligatori.

29. Posta la premessa di cui al paragrafo che precede, ed al fine di individuare un criterio idoneo ad orientare la concreta ermeneusi negoziale a cui si è fatto riferimento nel paragrafo 21, va ancora osservato che, in linea generale, nel contratto costitutivo di un diritto reale di superficie, l'interesse prevalente del beneficiario dell'attribuzione, che connota la funzione economico-sociale (astratta) tipica di tale contratto, ha ad oggetto la possibilità del superficiario di realizzare e tenere opere edilizie sul fondo altrui, anche ricostruendole; mentre restano sullo sfondo, come è stato osservato da attenta dottrina, gli altri elementi che conformano il concreto regolamento di interessi voluto dalle parti, come le caratteristiche della costruzione dedotta in contratto (stabile o instabile, di maggiore o minore entità), l'eventuale esistenza di limitazioni del diritto nel tempo, il rapporto intercorrente fra disponibilità del fondo e godimento delle costruzioni o addizioni poste in essere.

29.1. Nel contratto volto a consentire la installazione di un ripetitore sul lastrico di un palazzo condominiale l'interesse principale del beneficiario non cade, per contro, sull'acquisizione di una generica possibilità di costruire, bensì sull'acquisizione della disponibilità di un luogo ove installare il ripetitore. Va sottolineato, infatti, che l'utilità che un ripetitore fornisce non discende dalla sua natura di costruzione, ma dalla sua posizione topografica; esso viene fissato al lastrico per ovvie ragioni di stabilità e sicurezza, ma potrebbe svolgere la propria funzione anche se fosse semplicemente poggiato sull'impiantito.

29.2. Può quindi affermarsi che, nell'accordo con cui una compagnia di telecomunicazioni acquisisce il diritto di collocare per un certo tempo un proprio ripetitore sul lastrico di copertura di un edificio, il profilo di interesse principale del beneficiario del diritto cade, in

sostanza, sul godimento dell'area (di quella specifica area, che si trova in quel determinato punto dello spazio che risulta funzionale alla ripetizione del segnale); cosicchè vengono in primo piano, nello schema negoziale, proprio quegli elementi che, come osservato nel paragrafo 29, nel contratto costitutivo del diritto reale di superficie sono destinati a restare sullo sfondo, vale a dire le caratteristiche della costruzione dedotta in contratto (il contratto è funzionale all'installazione di un ripetitore, non di altri manufatti, e le caratteristiche tecniche del ripetitore sono vincolate dalle previsioni del titolo abilitativo di cui al D.Lgs. n. 259 del 2003, art. 87); la determinazione della durata del rapporto; il diritto del beneficiario di asportare il ripetitore alla cessazione del rapporto contrattuale.

29.3. Dalle considerazioni fin qui svolte discende quindi, in definitiva, che il contratto avente ad oggetto la concessione totale o parziale, a titolo oneroso, del godimento del lastrico solare di un fabbricato, allo scopo di consentire al concessionario l'installazione di un ripetitore di segnale, del quale il medesimo concessionario abbia la facoltà di godere e disporre nel corso del rapporto e di asportarlo al termine del rapporto, va ricondotto - in mancanza di indicazioni di segno contrario suggerite dall'interpretazione del singolo contratto allo schema del contratto atipico di concessione ad aedificandum ad effetti obbligatori; concessione soggetta, oltre che ai patti negoziali, alle norme generali contenute nel titolo II del libro IV del codice civile (art. 1323 c.c.), nonchè, per quanto non previsto dal titolo, alle norme sul contratto tipico di locazione.

29.4. La conclusione enunciata nel paragrafo che precede appare altresì supportata dalla considerazione che qualificare la concessione del diritto di godimento del lastrico solare finalizzato all'installazione di un ripetitore come attribuzione di un diritto reale di superficie implicherebbe la necessità di riconoscere alla compagnia telefonica concessionaria la qualità di condomina (con conseguente necessità di revisione della tabella millesimale); il che sembra un effetto tendenzialmente eccedente l'intenzione delle parti, almeno secondo l'id quod plerumque accidit, e sempre in mancanza di evidenze ermeneutiche da cui emerga che, nella specifica situazione dedotta in giudizio, i contraenti abbiano inteso conferire al concessionario del godimento del lastrico proprio un diritto reale di superficie, sia pure temporaneo. Evenienza, quest'ultima, che potrebbe verificarsi ove il soggetto che intende installare il ripetitore abbia interesse a disporre di un diritto sul quale inscrivere l'ipoteca destinata a garantire il finanziamento dell'iniziativa o, comunque, a disporre di un diritto che, quand'anche di durata inferiore a nove anni, possa essere alienato secondo le regole di circolazione previste dal sistema della pubblicità immobiliare per porre l'acquirente al riparo dagli effetti del principio *resoluto jure dantis, resolvitur et jus accipientis* (art. 2652 c.c.).

30. Con riferimento all'applicabilità della disciplina della locazione al contratto atipico di concessione ad aedificandum di natura obbligatoria, cui si è fatto cenno alla fine del paragrafo 29.3, va sottolineato che, come evidenziato dalla dottrina, la demarcazione tra

concessione ad aedificandum atipica ad effetti obbligatori e contratto tipico di locazione corre lungo una linea troppo sottile per assicurare una separazione netta tra i due modelli negoziali. In linea di massima la differenza tra tali modelli va ravvisata nella maggior ampiezza dell'uso attivo del bene altrui consentito dal contratto tipico di locazione rispetto all'uso limitato al diritto di appoggio di una costruzione, che costituisce il nucleo della concessione atipica ad aedificandum. Si tratta tuttavia di una differenza, come detto, di massima, giacchè anche nella locazione tipica il diritto di godimento della cosa attribuito al conduttore può essere convenzionalmente limitato ad una sua particolare utilità, senza il trasferimento della detenzione del bene in via esclusiva (in termini, Cass. n. 2233/1951, poi ripresa da Cass. n. 17156/2002). In ogni caso la questione della differenza tra concessione atipica ad aedificandum di natura obbligatoria e contratto tipico di locazione non presenta significative ricadute sull'individuazione della disciplina applicabile giacchè, come già precisato da questa Corte nella sentenza n. 18229/2003, ai contratti atipici, o innominati, possono legittimamente applicarsi, oltre alle norme generali in materia di contratti, anche le norme regolatrici dei contratti nominati, quante volte il concreto atteggiarsi del rapporto, quale risultante dagli interessi coinvolti, faccia emergere situazioni analoghe a quelle disciplinate dalla norme dettate per i contratto tipici.

31. Dalla evidenziata applicabilità della disciplina della locazione al contratto atipico di concessione ad aedificandum di natura personale discende che a tale contratto si applica tanto l'art. 1599 c.c., in tema di opponibilità del contratto al terzo acquirente, quanto l'art. 2643 c.c., n. 8, in tema di trascrizione dei contratti di locazione immobiliare di durata superiore ai nove anni.

31.1. Per quanto in particolare riguarda l'art. 1599 c.c., va precisato che la sua applicabilità al contratto atipico di concessione ad aedificandum non trova ostacolo nell'affermazione, contenuta in diversi precedenti di questa Corte (Cass. 2343/1966, Cass. 5454/1991, Cass. 664/2016), che la disciplina dal medesimo dettata ha natura eccezionale. Tali precedenti, infatti, sono stati tutti pronunciati in materia di contratto di comodato ed affermano l'eccezionalità delle disposizioni di cui all'art. 1599 c.c., al fine di escludere che le stesse possano applicarsi, appunto, al contratto di comodato, il quale si differenzia radicalmente dalla locazione perchè, per il disposto dell'art. 1803 c.c., comma 2, "è essenzialmente gratuito". Per contro, qualora il contratto atipico di concessione ad aedificandum avente ad oggetto l'installazione temporanea di un ripetitore di segnale su un lastrico solare sia a titolo oneroso, come nel caso dedotto nel presente giudizio, non vi è ragione di regolarne il regime di opponibilità all'acquirente dell'immobile coperto da tale lastrico con una disciplina diversa da quella dettata dall'art. 1599 c.c., per il contratto tipico di locazione.

31.2. E' altresì opportuno precisare - ancora sulla applicabilità dell'art. 1599 c.c., al contratto atipico di concessione ad aedificandum avente ad oggetto l'installazione temporanea, a titolo oneroso, di un ripetitore di segnale su un lastrico solare - che

l'opponibilità di tale contratto all'acquirente dell'immobile secondo il regime, e nei limiti, dell'art. 1599 c.c., copre non soltanto la pattuizione relativa alla concessione dell'occupazione del lastrico ma anche la pattuizione che attribuisca incondizionatamente lo jus tollendi, al termine del rapporto, alla compagnia di telecomunicazioni. Come la giurisprudenza di questa Corte non ha mancato di sottolineare (sent. 11767/1992), infatti, la regola emptio non tollit locatum dettata dall'art. 1599 c.c., implica una cessione legale del contratto, con la continuazione dell'originario rapporto e l'assunzione, da parte dell'acquirente, della stessa posizione del locatore. D'altra parte il patto con cui le parti escludono il diritto del proprietario del lastrico di ritenere, al termine del rapporto, i manufatti ivi installati, pur divergendo dalla disciplina dettata dall'art. 1593 c.c., non determina, proprio in ragione della natura non imperativa di tale disciplina, alcuna radicale inconciliabilità con il modello tipico della locazione.

32. Va peraltro evidenziato come la tendenziale attrazione della disciplina del rapporto fondato su una concessione ad aedificandum di natura personale nel corpus delle regole dettate dal codice civile per il contratto di locazione non pone in discussione la validità della pattuizione che sottragga al proprietario del lastrico il diritto di ritenere le addizioni (il ripetitore) alla cessazione del rapporto e, specularmente, attribuisca lo jus tollendi alla compagnia di telecomunicazioni concessionaria del godimento del lastrico (salvo l'obbligo di ripristino del lastrico medesimo in caso di eventuali danneggiamenti derivanti dalle operazioni di rimozione); il disposto dell'art. 1593 c.c., comma 1 - che attribuisce al locatore lo jus retinendi in ordine alle addizioni eseguite dal conduttore - è infatti norma non imperativa, come reiteratamente affermato da questa Corte nelle sentenze nn. 1126/1985, 192/1991, 6158/1998, 13245/2010.

33. Va infine ancora aggiunto, per una compiuta ricostruzione del sistema, che la locazione (nel campo della cui disciplina, come si è sottolineato alla fine del paragrafo 29.3, è attratta la concessione ad aedificandum di natura personale) costituisce titolo idoneo ad impedire l'accessione. Tale principio è stato espresso da questa Corte già nella sentenza n. 233/1968, secondo cui "la regola dell'accessione delle opere fatte dal terzo, con materiali propri, su suolo altrui sancita dall'art. 936 c.c. - trova applicazione solo nel caso in cui il costruttore possa effettivamente considerarsi terzo per non essere legato al proprietario del suolo da un vincolo contrattuale o comunque negoziale. Pertanto, nel caso che la costruzione su suolo altrui sia stata oggetto di espressa convenzione fra il proprietario del suolo e il costruttore, non può il giudice di merito ritenere senz'altro avverata l'accessione senza prima esaminare - secondo criteri di corretta ermeneutica - il contenuto di tale convenzione, al fine di escludere che con essa si fosse inteso costituire sia un diritto di superficie, sia una concessione ad aedificandum quale rapporto ad effetti meramente obbligatori, che può trovare sua fonte e sua disciplina in un contratto atipico non soggetto a requisiti di forma e di pubblicità". A tale pronuncia ha fatto seguito la sentenza n. 2413/1976, secondo cui "la regola dell'accessione di cui all'art. 934 c.c., non ha carattere di

assolutezza, ma è limitata alle sole ipotesi in cui non risulti dal titolo o dalla legge che l'opera esistente sopra o sotto il suolo appartiene ad un soggetto diverso dal proprietario di questo. Pertanto, nell'ipotesi in cui la costruzione sia stata oggetto di espressa convenzione tra il proprietario del suolo e il costruttore, il giudice del merito non può ritenere senz'altro avverata l'accessione se non abbia prima esaminato il contenuto di tale convenzione al fine di escludere che tra le parti si fosse inteso costituire, quanto meno, una concessione ad aedificandum che, essendo un rapporto ad effetti meramente obbligatori, può trovare la sua fonte e disciplina anche in un contratto atipico, non soggetto a requisiti di forma e di pubblicità"; nello stesso senso si sono poi pronunciate le ulteriori sentenze nn. 4111/1985, 4887/1987, 1392/1998, 7300/2001, 3440/2005.

34. Va altresì precisato, per evitare ogni equivoco, che nessun contrasto sussiste tra gli arresti giurisprudenziali citati nel paragrafo precedente e la recente sentenza queste stesse Sezioni Unite n. 3873/2018, in tema di accessione dell'opera costruita su un'area in comproprietà da uno dei comproprietari. La sentenza n. 3873/2018 ha, infatti, superato il tradizionale orientamento secondo cui presupposto indefettibile dell'accessione sarebbe la qualità di "terzo" del costruttore, ma a tale conclusione essa è giunta con riferimento al tema della operatività dell'accessione nei rapporti tra comproprietari (vedi pag. 16, primo capoverso, di detta sentenza: "l'operare dell'istituto dell'accessione non è affatto precluso dalla circostanza che, in presenza di una comunione del suolo, la costruzione sia realizzata da uno (o da alcuni) soltanto dei comproprietari"). La sentenza n. 3873/2018, per contro, non tratta il tema dell'operatività dell'accessione nei rapporti tra il proprietario del suolo e colui che al medesimo sia legato da un rapporto contrattuale. Anch'essa, peraltro, sottolinea che l'art. 934 c.c., fa salve le deroghe alla regola dell'accessione previste dalla "legge" o dal "titolo" e include, tra le prime, quelle relative alle addizioni eseguite dal locatore (p. 2.5, pag. 23). Questa Corte, del resto, ha già persuasivamente affermato, nella sentenza n. 2501/2013, che il contratto di locazione vale a impedire l'accessione finché vige il contratto medesimo e che il diritto del conduttore sul bene costruito è un diritto non reale che si estingue al venir meno del contratto e con il riespandersi del principio dell'accessione. Va poi considerato che è vero che la deroga alla regola dell'accessione derivante dalla "legge", in ordine alle addizioni del conduttore, subordina lo jus tollendi di quest'ultimo al duplice presupposto che il relativo esercizio non rechi nocumento alla cosa e che il proprietario non preferisca ritenere le addizioni (art. 1593 c.c.); ma è vero pure che la norma dettata dall'art. 1593 c.c., non ha natura imperativa, come evidenziato nel precedente p. 26, e pertanto può essere convenzionalmente derogata; e la convenzione derogatoria costituisce, appunto, il "titolo" a cui fa riferimento l'art. 934 c.c..

35. Le Sezioni Unite ritengono, quindi, di dover dare continuità all'orientamento, già seguito da questa Corte nella sentenza n. 4111/1985, che l'art. 934 c.c. - là dove prevede che il principio superficies solo cedit possa essere derogato dal titolo, non esclude, proprio per l'indeterminatezza della menzione del "titolo" - che le parti, nell'esercizio della autonomia

contrattuale loro riconosciuta dall'art. 1322 c.c., possano, anzichè addivenire alla costituzione di un diritto reale di superficie, derogare al principio dell'accessione dando vita ad un rapporto meramente obbligatorio. Non vi sono, del resto, ragioni per ritenere non meritevole di tutela l'interesse che il locatore e il conduttore vogliano realizzare attribuendo al conduttore del fondo locato, in deroga al principio dell'accessione, il diritto personale di godere delle costruzioni ivi da lui realizzate e di asportarle al termine del rapporto; anche, eventualmente, nel caso in cui l'asportazione rechi nocumento al fondo, salva l'obbligazione di ripristino, e con esclusione dello jus retinendi del locatore.

36. E' ora necessario, per dare risposta alla questione di massima sollevata dalla Seconda Sezione civile, riportare, come preannunciato nel p. 22, le conclusioni fin qui raggiunte alla specifica situazione in cui il lastrico solare destinato a ricevere l'installazione di un ripetitore di segnale costituisca parte comune di un edificio condominiale ex art. 1117 c.c.. Al riguardo il Collegio osserva, riprendendo quanto già accennato nel p. 20, che, ai sensi dell'art. 1108 c.c., comma 3, per la costituzione di un diritto reale di superficie sul lastrico condominiale è necessario il consenso di tutti i condomini; per contro, per il rilascio di una concessione ad aedificandum, come tratteggiata nel p. 29.3, di durata non superiore a nove anni è sufficiente la maggioranza prevista per gli atti di ordinaria amministrazione dagli articoli commi 2 e 3 c.c., a seconda che si tratti di prima o di seconda convocazione dell'assemblea condominiale.

37. In definitiva, la questione di massima sollevata dalla Seconda Sezione civile va risolta nel senso che il contratto con cui un condominio abbia concesso ad altri, dietro il pagamento di un corrispettivo, il lastrico solare, o altra idonea superficie comune, allo scopo di consentire al concessionario l'installazione di infrastrutture ed impianti che comportino la trasformazione dell'area, riservando comunque al detentore del lastrico di godere e disporre dei manufatti nel corso del rapporto e di asportarli alla fine dello stesso, richiede l'approvazione di tutti i condomini se, secondo l'interpretazione del giudice di merito, esso abbia attribuito al concessionario un diritto temporaneo di superficie; non richiede l'approvazione di tutti i condomini se, secondo l'interpretazione del giudice di merito, esso abbia attribuito al concessionario una concessione ad aedificandum di natura obbligatoria di durata inferiore a nove anni.

38. Vanno quindi enunciati i seguenti principi di diritto.

l) Il programma negoziale con cui il proprietario di un lastrico solare intenda cedere ad altri, a titolo oneroso, la facoltà di installarvi e mantenervi per un certo tempo un ripetitore, o altro impianto tecnologico, con il diritto per il cessionario di mantenere la disponibilità ed il godimento dell'impianto, ed asportare il medesimo alla fine del rapporto, può astrattamente essere perseguito sia attraverso un contratto ad effetti reali, sia attraverso un contratto ad effetti personali. La riconduzione del contratto concretamente dedotto in giudizio all'una o

all'altra delle suddette categorie rappresenta una questione di interpretazione contrattuale, che rientra nei poteri del giudice di merito.

II) Lo schema negoziale a cui riferire il contratto con il quale le parti abbiano inteso attribuire al loro accordo effetti reali è quello del contratto costitutivo di un diritto di superficie, il quale attribuisce all'acquirente la proprietà superficaria dell'impianto installato sul lastrico solare, può essere costituito per un tempo determinato e può prevedere una deroga convenzionale alla regola che all'estinzione del diritto per scadenza del termine il proprietario del suolo diventa proprietario della costruzione. Il contratto con cui un condominio costituisca in favore di altri un diritto di superficie, anche temporaneo, sul lastrico solare del fabbricato condominiale, finalizzato alla installazione di un ripetitore, o altro impianto tecnologico, richiede l'approvazione di tutti i condomini.

III) Lo schema negoziale a cui riferire il contratto con il quale le parti abbiano inteso attribuire al loro accordo effetti obbligatori è quello del contratto atipico di concessione ad aedificandum di natura personale, con rinuncia del concedente agli effetti dell'accessione. Con tale contratto il proprietario di un'area concede ad altri il diritto personale di edificare sulla stessa, di godere e disporre dell'opera edificata per l'intera durata del rapporto e di asportare tale opera al termine del rapporto. Detto contratto costituisce, al pari del diritto reale di superficie, titolo idoneo ad impedire l'accessione ai sensi dell'art. 934 c.c., comma 1. Esso è soggetto alla disciplina dettata, oltre che dai patti negoziali, dalle norme generali contenute nel titolo II del libro IV del codice civile (art. 1323 c.c.), nonché, per quanto non previsto dal titolo, dalle norme sulla locazione, tra cui quelle dettate dall'art. 1599 c.c. e art. 2643 c.c., n. 8. Il contratto atipico di concessione ad aedificandum di natura personale stipulato da un condominio per consentire ad altri la installazione di un ripetitore, o altro impianto tecnologico, sul lastrico solare del fabbricato condominiale richiede l'approvazione di tutti i condomini solo se la relativa durata sia convenuta per più di nove anni.

39. Alla luce dei suddetti principi di diritto devono essere ora esaminati i motivi dei ricorsi per cassazione proposti dalla Manas s.r.l. e dalla H3G s.p.a..

40. Il ricorso della Manas s.r.l. si articola in tre motivi.

41. Con il primo motivo si denuncia la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1105 c.c.. Nel mezzo di ricorso la Manas s.r.l. premette, in linea di fatto, che il contratto, da lei qualificato come locazione, tra Manas s.r.l. e la Blu s.p.a. (cui era poi subentrata la cessionaria di ramo d'azienda H3G s.p.a.), avente ad oggetto "gli spazi di metri quadrati 10 e lo spazio di copertura necessario per l'installazione di supporti di antenna e delle relative antenne" (pag. 18, ultimo capoverso, del ricorso Manas), era stato stipulato quando gli unici due condomini del fabbricato di (OMISSIS), erano la medesima locatrice Manas s.r.l. e la società Sac s.r.l. e che quest'ultima società non si era in alcun modo opposta alla conclusione di detto contratto ed alla installazione dell'impianto de quo. Sempre in linea di

fatto, nel mezzo di ricorso si deduce altresì che, nella specie, il contratto concluso tra Manas s.r.l. e la Blu s.p.a. era stato ratificato anche da coloro che erano entrati a far parte del condominio dopo la conclusione dello stesso, sia, per taluni di loro, mediante apposita clausola contenuta nel contratto di trasferimento dell'unità immobiliare, sia, per tutti, mediante l'unanime approvazione del regolamento contrattuale di condominio che dava atto dell'esistenza della servitù relativa alla installazione dell'impianto di telefonia sul tetto condominiale.

41.1. Sulla scorta di tale premessa, la ricorrente assume che la Corte di appello di Genova, nell'affermare che il suddetto contratto costituirebbe un atto di appropriazione e non un atto di gestione della cosa comune, avrebbe violato il principio, desumibile dal disposto dell'art. 1105 c.c., che sugli immobili oggetto di comunione concorrono, in difetto di prova contraria, pari poteri gestori da parte di tutti i comproprietari, in virtù della presunzione che ognuno di essi operi con il consenso degli altri o quanto meno della maggioranza dei partecipanti alla comunione. La ricorrente richiama, quindi, i precedenti di questa Corte che hanno affermato che ciascun condomino può stipulare un contratto di locazione avente ad oggetto parti condominiali dell'edificio, trattandosi di atto di ordinaria amministrazione per il quale deve presumersi sussistente il consenso degli altri condomini (sentt. nn. 1662/2005, 9879/2005, 19929/2008) e argomenta che "l'interesse del condominio andava valutato all'epoca della stipula del contratto di locazione" (pag. 23, penultimo capoverso, del ricorso).

41.2. Il motivo va disatteso perchè non risulta pertinente alla ratio decidendi; la Corte ligure non pone in discussione il principio che ciascun condomino può compiere atti di gestione delle parti comuni nell'interesse di tutti i condomini (che si presumono mandanti impliciti fino a prova contraria), ma afferma che quel contratto - che anche tale Corte, al pari della ricorrente, qualifica come contratto di locazione - non costituiva un atto di gestione delle parti comuni nell'interesse di tutti i condomini, ma un atto di utilizzazione (indiretta) individuale della cosa comune; più precisamente, un atto compiuto della Manas - unica percettrice, si precisa in sentenza (pag. 4, rigo 18) dei canoni contrattuali - per conto e nell'interesse proprio e non per conto e nell'interesse della collettività condominiale. Il principio evocato nel mezzo di impugnazione in esame, secondo il quale deve presumersi che gli atti di ordinaria amministrazione stipulati da un condomino in relazione a parti condominiali dell'edificio sia sorretto dal consenso degli altri condomini, concerne, infatti, gli atti che il singolo condomino abbia compiuto in relazione a parti comuni dell'edificio condominiale per conto e nell'interesse del condominio. La vicenda che forma oggetto del presente giudizio, per contro, è stata ricostruita dalla Corte territoriale, con accertamento di fatto non contestato nel mezzo di ricorso, nei termini, radicalmente difformi, di un contratto concluso da un condomino per conto e nell'interesse proprio, la cui esecuzione implicava un intervento sul lastrico solare incompatibile con il diritto degli altri condomini di fare parimenti uso del medesimo lastrico, secondo il disposto dell'art. 1102 c.c.; donde la non

pertinenza dell'argomento della difesa Manas s.r.l. secondo cui "l'interesse del condominio andava valutato all'epoca della stipula del contratto di locazione" (pag. 23, penultimo capoverso, del ricorso per cassazione).

41.2.1. Quanto poi al rilievo, pure svolto nel mezzo di ricorso in esame, sulla portata della previsione del regolamento contrattuale che dava atto dell'esistenza della servitù relativa alla installazione dell'impianto di telefonia sul tetto condominiale, si tratta di censura inammissibile, in quanto investe l'interpretazione del regolamento condominiale operata dal giudice di merito, la quale, secondo il costante orientamento di questa Corte, non può essere sindacata in cassazione se non mediante la denuncia della violazione delle regole legali di ermeneutica contrattuale che sarebbero state violate, al fine di consentire al giudice di legittimità il controllo della decisività del preteso errore (tra le tante, Cass. 1406/2007).

42. Col secondo motivo la Manas s.r.l. denuncia la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1102 e 1559 c.c. (recte: art. 1599) e sostiene la legittimità dell'uso da lei fatto della cosa comune cedendo ad un terzo la detenzione di una porzione del tetto.

42.1. La doglianza sviluppata nel secondo mezzo di impugnazione del ricorso principale si articola in due censure. La prima censura concerne l'affermazione dell'impugnata sentenza secondo cui l'art. 1102 c.c., consentirebbe a ciascun condomino di fare uso delle parti condominiali dell'edificio solo in forma diretta e non anche in forma indiretta (vale a dire mediante la cessione a terzi di una porzione del bene condominiale). La seconda censura concerne l'affermazione dell'impugnata sentenza secondo cui la presenza del traliccio sul lastrico solare sarebbe incompatibile con il pari uso degli lastrico stesso da parte degli altri condomini.

42.2. La seconda delle due censure menzionate nel paragrafo precedente va giudicata inammissibile, perchè attinge un giudizio di fatto della Corte territoriale - alla cui stregua la collocazione fissa sul lastrico solare di un traliccio costituiva un uso "invasivo incompatibile con le simultanea utilizzazione del bene comune - sia pure potenziale con modalità diverse - da parte degli altri condomini" (pag. 5, rigo 6, della sentenza) che non può essere censurato tramite la denuncia di un vizio di violazione di legge.

42.3. In ragione della inammissibilità della censura menzionata nel paragrafo precedente, la statuizione di incompatibilità della presenza del traliccio con il diritto degli altri condomini di fare parimenti uso del lastrico solare resiste all'impugnazione. Risulta conseguentemente irrilevante, ai fini del decidere, la questione di diritto posta con la prima censura, concernente la possibilità, per il singolo comproprietario, di servirsi della cosa comune in forma indiretta; l'uso della cosa comune da parte del singolo comproprietario, quand'anche lo si ritenga ammissibile in forma indiretta, non può comunque mai eccedere

il limite, fissato dall'art. 1102 c.c., del diritto degli altri comproprietari di fare parimenti uso della cosa.

43. Con il terzo motivo di ricorso si denuncia la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1372 e 1599 c.c., in cui la Corte territoriale sarebbe incorsa trascurando, quanto alla prima disposizione, che il contratto sarebbe stato "tutt'ora efficace ex art. 1372 c.c., non essendo stato sciolto nè per mutuo consenso nè per altre causa" e, quanto alla seconda disposizione, che, per il principio *emptio non tollit locatum*, il contratto concluso tra la Manas s.r.l. e la Blu s.p.a. sarebbe stato opponibile ai condomini che erano entrati a far parte del condominio acquistando la propria unità immobiliare dalla Manas s.r.l. dopo la stipula di detto contratto.

43.1. La censura relativa alla violazione dell'art. 1372 c.c., è priva di pregio; qui non è in discussione l'efficacia del contratto tra la Manas s.r.l. e la H3G s.p.a., bensì il diritto della Manas s.p.a di fare del lastrico solare un uso indiretto che, secondo l'accertamento della Corte di merito, impedisce il diritto degli altri condomini di fare parimenti uso di tale lastrico ai sensi dell'art. 1102 c.c..

43.2. La censura relativa alla violazione dell'art. 1599 c.c., che concerne la statuizione di accoglimento della domanda dei condomini sigg.ri B., M. e C., va invece giudicata fondata. Va premesso che nell'impugnata sentenza il contratto de quo è stato qualificato come contratto di locazione e su tale qualificazione negoziale operata dalla Corte territoriale non vi è censura dal parte dei ricorrenti. Va ancora premesso che, come emerge anche dalla narrativa dell'impugnata sentenza (pag. 3, rigo 3), il contratto sottoscritto da Manas s.r.l. e Blu s.p.a. aveva data certa e che, per altro verso, non risulta - nè viene dedotto nel ricorso per cassazione della Manas s.r.l. (nè nel ricorso per cassazione della H3G s.p.a.) che detto contratto sia stato trascritto nei registri immobiliari. Ciò posto, il Collegio rileva che - a prescindere dalla distinzione tra contratto atipico di concessione ad aedificandum di natura personale e contratto di locazione (che, per quanto illustrato nel p. 30, non implica differenze di disciplina ai fini che rilevano in questa sede) nella specie trova applicazione, alla luce di principi di diritto enunciati nel p. 38, il disposto dell'art. 1599 c.c.. L'impugnata sentenza risulta pertanto errata là dove ha accolto la domanda dei sigg.ri B., M. e C. senza verificare se ai medesimi fosse opponibile, ed in quali limiti, il contratto con cui la Manas s.r.l. ha concesso alla Blu s.p.a. (cui è poi succeduta la H3G s.p.a.) il diritto di installare un ripetitore su una porzione del lastrico solare del fabbricato. Ai fini di tale verifica era necessario accertare se i sigg.ri B., M. e C. avessero acquistato da Manas s.r.l. la loro unità immobiliare (e, con la stessa, la pertinente quota millesimale del lastrico che la medesima Manas s.r.l. aveva concesso ad aedificandum alla Blu s.p.a.), se tale acquisto fosse successivo alla stipula del contratto tra la Manas s.r.l. e la Blu s.p.a (per gli effetti di cui ai commi primo e terzo dell'art. 1599 c.c.) e se essi si fossero impegnati nei confronti

dell'alienante Manas s.r.l. a rispettare il medesimo (per gli effetti di cui dell'art. 1599 c.c., comma 4).

44. Il ricorso della Manas s.r.l. va quindi, in definitiva, accolto limitatamente al terzo motivo, in relazione alla denuncia di violazione dell'art. 1599 c.c..

45. Il ricorso della H3G s.p.a. si articola in quattro motivi.

45.1. Con il primo motivo la H3G s.p.a. deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 1103 e 1105 c.c., in cui la Corte territoriale sarebbe incorsa disconoscendo il diritto della condomina Manas s.r.l. di stipulare un contratto di locazione avente ad oggetto una porzione del lastrico solare condominiale. La doglianza risulta sovrapponibile a quella svolta nella prima parte del primo mezzo del ricorso della Manas s.r.l. (cfr il p. 41.1 che precede), giacchè, in sostanza, lamenta la violazione del principio che ciascun condomino può esercitare poteri gestori sulla cosa comune.

45.2. Il secondo motivo del ricorso della H3G s.p.a., censura la violazione e falsa applicazione dell'art. 1106 c.c., con riferimento alla clausola del regolamento di condominio che ha riconosciuto l'esistenza del diritto a mantenere l'impianto sul tetto comune del fabbricato. Con il mezzo di impugnazione in esame la H3G s.p.a. propone una doglianza analoga a quella svolta nella seconda parte del primo mezzo del ricorso della Manas s.r.l. (cfr. il p. 41.2.1 che precede), contestando, in sostanza, l'interpretazione del regolamento condominiale operato dalla Corte d'appello, là dove questa ha escluso che il riferimento al diritto di servitù contenuto in tale regolamento potesse riferirsi all'impianto in contestazione (cfr. pag. 5, rigo 8, della sentenza: "la clausola del regolamento di condominio, che menziona l'esistenza di una servitù sul tetto del caseggiato, non è riferibile all'impianto in contestazione").

45.3. Con il terzo motivo del ricorso della H3G s.p.a. sostanzialmente sovrapponibile al secondo motivo del ricorso della Manas s.r.l. - si denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 1102 c.c., in cui la Corte ligure sarebbe incorsa ritenendo che la presenza del ripetitore fosse incompatibile con i limiti posti da tale disposizione all'uso individuale della cosa comune; nel motivo si argomenta che la collocazione del ripetitore non modificherebbe la destinazione funzionale del lastrico solare, nè pregiudicherebbe l'uso del medesimo da parte degli altri condomini.

45.4. Con il quarto motivo del ricorso la H3G s.p.a. deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 1126 e 2056 c.c., con riferimento all'art. 115 c.p.c., in cui la Corte territoriale sarebbe incorsa rigettando la domanda da lei proposta nei confronti della Manas s.r.l. per il risarcimento del danno conseguito alla rimozione delle apparecchiature. In particolare, nel mezzo di ricorso si attinge l'argomentazione dell'impugnata sentenza secondo cui la H3G s.p.a. non avrebbe fornito la prova del danno lamentato e si censura il

mancato ricorso, da parte della Corte ligure, ai poteri giudiziali di liquidazione equitativa del danno.

45.6. Tutti i suddetti motivi, e quindi l'intero ricorso della H3G s.p.a., risultano assorbiti dall'accoglimento del terzo mezzo del ricorso della Manas s.r.l., che impone la cassazione con rinvio dell'impugnata sentenza.

46. In conclusione deve accogliersi il terzo mezzo del ricorso principale della Manas s.r.l., rigettati gli altri, con assorbimento del ricorso incidentale della H3G s.p.a. L'impugnata sentenza va cassata con rinvio alla Corte di appello di Genova, in diversa composizione, che si atterrà ai principi di diritto enunciati nel paragrafo 38 e regolerà anche le spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il terzo motivo del ricorso della Manas s.r.l., rigetta gli altri motivi del medesimo ricorso, dichiara assorbito il ricorso della H3G s.p.a., cassa l'impugnata sentenza in relazione al motivo accolto e rinvia alla Corte di appello di Genova, in diversa composizione, che regolerà anche le spese del giudizio di legittimità.

Si dà atto che il presente provvedimento è firmato dal solo presidente del collegio per impedimento dell'estensore, ai sensi del D.P.C.M. 8 marzo 2020, art. 1, comma 1, lett. a).

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 5 novembre 2019.

Depositato in Cancelleria il 30 aprile 2020

SENTENZA

Cassazione civile sez. un. - 16/02/2018, n. 3873

Intestazione

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. RORDORF	Renato	-	Primo Presidente f.f.	-
Dott. PICCININNI	Carlo	-	Presidente di Sez.	-
Dott. AMOROSO	Giovanni	-	Presidente di Sez.	-
Dott. BRONZINI	Giuseppe	-	Consigliere	-
Dott. CAMPANILE	Pietro	-	Consigliere	-
Dott. CHINDEMI	Domenico	-	Consigliere	-
Dott. LOMBARDO	Luigi Giovanni	-	Consigliere	-
Dott. BRUSCHETTA	Ernestino Luigi	-	Consigliere	-
Dott. SCRIMA	Antonietta	-	Consigliere	-

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 2276-2013 proposto da:

P.F., elettivamente domiciliato in Roma, Viale Mazzini 11, presso lo studio dell'avvocato Paolo Stella Richter, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato Zeno Forlati;

- ricorrente -

contro

CA' D'ORO 3 S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via Tevere 44, presso lo studio dell'avvocato Francesco Di Giovanni, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati Adolfo Di Majo e Guido Piccione;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 1781/2012 della CORTE D'APPELLO di VENEZIA, depositata il 09/08/2012.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 07/11/2017 dal Consigliere Dott. Luigi Giovanni Lombardo;

Udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. SORRENTINO Federico, che ha concluso per

l'accoglimento del ricorso, p.q.r.;

Uditi gli avvocati Zeno Forlati, Paolo Stella Richter, Guido Piccione, Adolfo Di Majo e Francesco Di Giovanni.

FATTI DI CAUSA

1. - P.F. convenne, dinanzi al Tribunale di Belluno (Sezione distaccata di Pieve di Cadore), la società Cà D'Oro 3 s.r.l. Premettendo di essere comproprietario pro indiviso, con la società convenuta, di un terreno sito in (OMISSIS), adiacente al fabbricato condominiale delle parti, chiese lo scioglimento della comunione delle unità immobiliari edificate dalla società Cà D'Oro sul suolo comune (costituite da un corpo edilizio interrato composto da due piani sovrapposti e da altra costruzione a livello seminterrato adibita ad autorimessa e cantina), con conseguente attribuzione delle quote di spettanza di ciascuno e con determinazione degli eventuali conguagli.

La società convenuta, costituendosi e resistendo alle domande attoree, chiese dichiararsi non luogo a provvedere sulla divisione dei locali seminterrati comuni destinati ad autorimessa, cantina ed accessori, stante l'intervenuto accordo fra le parti in ordine all'attribuzione dei beni; chiese, invece, l'attribuzione in proprietà esclusiva del corpo edilizio interrato, sul presupposto che lo stesso fosse di sua proprietà esclusiva; in subordine, nell'ipotesi di accoglimento anche parziale della domanda attorea, chiese la condanna del P. a corrispondere ad essa convenuta un indennizzo per l'indebito arricchimento.

L'adito Tribunale, con sentenza dell'8 aprile 2011, dichiarò che la società Cà D'Oro 3 s.r.l. era esclusiva proprietaria del corpo di fabbrica interrato edificato nel terreno comune; dichiarò che il P. e la Cà D'Oro erano proprietari esclusivi dei locali al piano seminterrato meglio descritti nella relazione del C.T.U., salva la comunione sull'area di manovra.

2. - Sul gravame proposto dal P., la Corte di Appello di Venezia ha confermato la pronuncia di primo grado.

Nel rilevare la carenza dei presupposti per poter ritenere "cosa comune" il corpo di fabbrica interrato edificato dalla società convenuta (che costituisce l'immobile cui attiene la questione di diritto sottoposta a questa Corte), i giudici di appello hanno osservato che tale corpo di fabbrica: (a) risulta essenzialmente incorporato alla proprietà esclusiva della convenuta società Cà D'Oro (che vi accede per mezzo di una scala interna dall'unità abitativa di sua proprietà, situata al piano terra dell'edificio condominiale) ed è stato realizzato su progetto e con lavori eseguiti dallo stesso attore P. (socio e legale rappresentante dell'omonima impresa edile), ma pagati esclusivamente dalla Cà D'Oro sul presupposto che esso sarebbe stato di proprietà esclusiva di quest'ultima e non di proprietà comune; (b) non è incorporato nè è funzionalmente legato alla proprietà del P.; (c) è privo di caratteristiche (quali un muro maestro o un tetto) tali da indurre a ritenerlo essenziale all'esistenza dei beni comuni; (d) infine, è stato progettato e realizzato in funzione esclusiva delle preesistenti unità immobiliari di proprietà della società Cà D'Oro.

Rilevando che, nella specie, vi sarebbe stato un valido accordo assunto ed osservato dalle parti, provato documentalmente, la Corte di Appello di Venezia, nell'escludere la comproprietà di quanto realizzato nel sottosuolo, ha richiamato il principio di diritto secondo cui alle costruzioni eseguite da uno dei comproprietari sul suolo comune non si applica la disciplina sull'accessione contenuta nell'art. 934 cod. civ., ma quella in materia di comunione, con la conseguenza che la nuova costruzione diviene di proprietà comune ai condomini non costruttori solo se essa sia stata realizzata in conformità a detta disciplina, ossia nel rispetto delle norme che disciplinano l'uso della cosa comune; altrimenti essa, quando sia stata abusivamente realizzata, non diviene comune neppure per accessione.

3. - Per la cassazione della sentenza di appello ha proposto ricorso P.F. sulla base di dodici motivi.

Ha resistito con controricorso la società Cà D'Oro.

4. - All'esito dell'udienza pubblica del 21 marzo 2017, la Seconda sezione civile di questa Corte, con ordinanza n. 9316 dell'U aprile 2017, ha disposto la trasmissione degli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, rilevando un contrasto diacronico nella giurisprudenza di legittimità sulla questione di diritto, sottostante al secondo motivo di ricorso, vertente sulla proprietà della costruzione realizzata da uno dei comproprietari sul suolo comune.

In particolare, l'ordinanza interlocutoria ha sottolineato come, sulla questione, esistano due contrapposti orientamenti nella giurisprudenza della Corte:

- un primo orientamento, più tratizioso, secondo cui, per il principio dell'accessione (art. 934 cod. civ.), la costruzione su suolo comune è anch'essa comune, mano a mano che si innalza, salvo contrario accordo scritto ad substantiam (art. 1350 cod. civ.); pertanto, per l'attribuzione in proprietà esclusiva, ai contitolari dell'area comune, dei singoli piani che compongono la costruzione, sono inidonei sia il corrispondente possesso esclusivo del piano, sia il relativo accordo verbale, sia il proporzionale diverso contributo alle spese (Cass., Sez. 2, 11/11/1997, n. 11120; Cass., Sez. 1, 12/05/1973, n. 1297; Cass., Sez. 2, 11/07/1978, n. 3479; Cass., Sez. 2, 10/11/1980, n. 6034);

- un secondo e più recente orientamento - fatto proprio dai giudici di merito - secondo cui, invece, la disciplina sull'accessione, contenuta nell'art. 934 cod. civ., si riferisce solo alle costruzioni su terreno altrui, mentre alle costruzioni eseguite da uno dei comproprietari su terreno comune non si applica tale disciplina, ma quella in materia di comunione, con la conseguenza che la comproprietà della nuova opera sorge a favore dei condomini non costruttori solo se essa sia realizzata in conformità a detta disciplina, ossia con il rispetto delle norme che dettano i limiti che ciascun comproprietario deve osservare nell'uso della cosa comune, mentre le opere abusivamente realizzate non possono considerarsi beni

condominiali per accessione, ma vanno considerate appartenenti al comproprietario costruttore e rientranti nella sua esclusiva sfera giuridica (Cass., Sez. 2, 22/03/2001, n. 4120; Cass., Sez. 2, 27/03/2007, n. 7523).

La Seconda Sezione ha evidenziato la necessità di rimeditare il più recente orientamento, per la perplessità che desta la conclusione secondo cui l'edificazione sull'area comune da parte di uno solo dei comunisti, in violazione degli artt. 1102 e segg. cod. civ., determini l'assegnazione della proprietà esclusiva dell'opera e del suolo in favore del comproprietario costruttore, effetto giuridico - questo difficilmente inquadrabile in uno dei modi di acquisto stabiliti dall'art. 922 cod. civ.; e prospetta l'esigenza di tracciare una linea interpretativa in grado di coniugare la disciplina dell'accessione e quella della comunione, facendo convivere l'espansione oggettiva della comproprietà in caso di *inaedificatio ad opera* di uno dei comunisti (salvo che non sia stato costituito, nei modi e nelle forme di legge, altro diritto reale a favore del comproprietario costruttore) con la facoltà del comproprietario non costruttore di pretendere la demolizione della costruzione ove quest'ultima sia stata realizzata dall'altro comunista in violazione dei limiti posti dall'art. 1102 cod. civ. al godimento della cosa comune.

5. - Il Primo Presidente ha disposto, ai sensi dell'art. 374 cod. proc. civ., comma 2, che sulla questione la Corte pronunci a Sezioni Unite.

6. - Entrambe le parti hanno depositato memorie illustrative ai sensi dell'art. 378 cod. proc. civ..

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. - Col primo motivo di ricorso, si deduce (ex art. 360 cod. proc. civ., n. 4), la violazione dell'art. 112 cod. proc. civ., per avere la Corte di Appello erroneamente escluso che la sentenza di primo grado, nel dichiarare che la società convenuta aveva acquistato a titolo originario la proprietà esclusiva del corpo di fabbrica interrato, fosse incorsa in nullità per *extrapetizione*. Secondo il ricorrente, la società Cà D'Oro non avrebbe proposto alcuna domanda di accertamento dell'acquisto a titolo originario del corpo di fabbrica per cui è causa, avendo invece posto a fondamento della sua domanda di assegnazione del fabbricato in proprietà esclusiva la circostanza dell'assunzione per intero delle spese di costruzione con l'asserito consenso del P.. Tale fatto, secondo il ricorrente, non potrebbe qualificarsi come "costitutivo" di un acquisto a titolo originario, ma (a tutto concedere) di un acquisto a titolo derivativo.

Unitamente a tale mezzo va esaminato, per la sua stretta connessione, il quinto motivo di ricorso, col quale si deduce (ex art. 360 cod. proc. civ., n. 4) la violazione dell'art. 112 cod. proc. civ., per avere la Corte territoriale ritenuto che la domanda riconvenzionale della

società Cà D'Oro, relativa all'accertamento della proprietà esclusiva del fabbricato, fosse autodeterminata e per avere altresì ritenuto che la Cà D'Oro avesse fatto valere un titolo di acquisto della proprietà a titolo originario, piuttosto che un titolo di acquisto a titolo derivativo.

Le censure non sono fondate.

Va premesso, che, secondo la giurisprudenza di questa Suprema Corte, alla quale il Collegio ritiene di dare continuità, il diritto di proprietà e gli altri diritti reali di godimento sono individuati solo in base al loro contenuto (ossia con riferimento al bene che ne costituisce l'oggetto), cosicché la causa petendi della domanda con la quale è chiesto l'accertamento di tali diritti si identifica con il diritto stesso (c.d. "diritti autodeterminati") e non, come nel caso dei diritti di credito, con il titolo che ne costituisce la fonte (contratto, successione, usucapione etc.); titolo la cui deduzione, nel caso di diritti "autodeterminati", è necessaria ai fini della prova del diritto, ma non ha alcuna funzione di specificazione della domanda (Cass., Sez. 2, 16/05/2007, n. 11293; Cass., Sez. 2, 08/01/2015, n. 40). Pertanto, non ricorre alcuna violazione del principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato ove il giudice accolga la domanda, accertando la sussistenza di un diritto c.d. "autodeterminato", sulla scorta di un titolo diverso da quello invocato dalla parte (Cass., Sez. 2, 21/11/2006, n. 24702; Cass., Sez. 2, 24/11/2010, n. 23851; Cass., Sez. 2, 20/11/2007, n. 24141).

Alla stregua del richiamato principio di diritto, va esclusa la configurabilità del dedotto vizio di extrapetizione, non rilevando il titolo posto dalla società convenuta a fondamento della pretesa declaratoria della proprietà esclusiva.

Va peraltro osservato che - nella specie - la società convenuta non ha posto a fondamento del proprio asserito diritto di proprietà esclusiva scritture traslative della proprietà del suolo o costitutive di un diritto di superficie sul suolo comune o di una proprietà superficaria dell'immobile (sul punto, cfr. Cass., Sez. 2, 09/10/2017, n. 23547), ma ha dedotto - come fatti costitutivi del suo preteso diritto - mere situazioni fattuali, quali l'avvenuta assunzione dei costi di costruzione da parte della società Cà D'Oro con il consenso del P., nonché la progettazione e costruzione delle opere "come aventi destinazione originaria, esclusiva, pertinenziale alle unità immobiliari di proprietà esclusiva Cà D'Oro".

In questo quadro, a prescindere dalla ricordata irrilevanza del titolo in un giudizio avente ad oggetto l'accertamento di un diritto c.d. "autodeterminato", risulta esente da vizi logici e giuridici la sentenza impugnata laddove essa ha escluso che la società convenuta avesse chiesto l'accertamento dell'avvenuto acquisto della proprietà esclusiva della costruzione per cui è causa "a titolo derivativo".

2. - Col secondo motivo, si deduce (ex art. 360 cod. proc. civ., n. 3) la violazione e la falsa applicazione degli artt. 934,840,1102 e 1121 cod. civ., per avere la Corte di Appello ritenuto che l'assunzione dei costi delle opere da parte della società Cà D'Oro avesse determinato in suo favore l'acquisto della proprietà dell'area ove insiste la costruzione, sottraendola all'altro comproprietario. Tale conclusione, a dire del ricorrente, darebbe luogo ad una sorta di espropriazione senza indennizzo nei confronti del comproprietario non costruttore e sarebbe, perciò, in patente contrasto con l'art. 42 Cost..

Secondo il ricorrente, la Corte territoriale non avrebbe potuto escludere, nella specie, l'applicabilità del principio dell'accessione, tanto più che i comproprietari del suolo non avevano concluso alcuna pattuizione che legittimasse l'appropriazione dell'area comune da parte della Cà D'Oro, pattuizione che, trattandosi di beni immobili, avrebbe dovuto comunque rivestire la forma scritta ad substantiam. Dovrebbe dunque essere riconosciuto che le unità immobiliari realizzate nel sottosuolo sono di proprietà comune dei comproprietari del suolo in rapporto alle rispettive quote, salva la ripartizione tra di essi delle spese sostenute per la costruzione; in subordine, dovrebbe essere sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 934 cod. civ., come interpretato dalla giurisprudenza, per violazione dell'art. 42 Cost..

Unitamente a tale motivo, va esaminato, in ragione della stretta connessione, il quarto mezzo di ricorso, col quale si deduce (ex art. 360 cod. proc. civ., nn. 3 e 5) la violazione dell'art. 1350 cod. civ., nonché il difetto di motivazione della sentenza impugnata, per avere la Corte territoriale dato rilievo ad asseriti accordi intervenuti tra le parti circa la proprietà delle unità immobiliari da costruire, omettendo di considerare che tali pretesi accordi - ove mai sussistenti sarebbero comunque nulli per mancanza della necessaria forma scritta, richiesta dalla legge ad substantiam in materia di costituzione, modificazione o trasferimento di diritti reali immobiliari. Si deduce ancora che i giudici di merito avrebbero ommesso, nella motivazione della sentenza, di individuare l'atto scritto col quale le parti avrebbero legittimato il trasferimento della proprietà del suolo comune in favore della Cà D'Oro 3 ovvero - eventualmente - costituito su di esso un diritto di superficie.

2.1. - Preliminarmente, va esaminata l'eccezione formulata dalla controricorrente società, con la quale si è dedotto che il P. avrebbe chiesto solo in appello l'accertamento dell'avvenuto acquisto per accessione, ai sensi dell'art. 934 cod. civ., della proprietà della costruzione per cui è causa.

L'eccezione va rigettata, dovendo ritenersi che la richiesta di accertamento dell'avvenuto acquisto per accessione, da parte del P., della proprietà della costruzione de qua era implicita nella proposta domanda di scioglimento della comunione, costituendo il presupposto logico-giuridico di essa.

2.2. - Ciò posto, prima di passare allo scrutinio dei motivi in esame, il Collegio ritiene di doversi brevemente soffermare sui caratteri essenziali dell'istituto dell'accessione.

Com'è noto, l'accessione costituisce espressione del carattere "assoluto" del diritto di proprietà (che l'art. 832 cod. civ. definisce il "diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo"), della pretesa del suo titolare - valevole erga omnes - di non essere disturbato nel suo godimento da qualsiasi terzo; dal che l'idea che il dominium su una determinata res non consente un concorrente dominio altrui su una cosa che sia divenuta parte della stessa res, si da perdere la propria autonomia.

L'istituto dell'accessione, quale modo di acquisto della proprietà "a titolo originario", affonda le sue radici nel diritto romano, che però non pervenne all'elaborazione di un concetto unitario di esso in grado di ricomprenderne le varie fattispecie (inaedificatio, satio, implantatio, adluvio, avulsio, etc.); si deve, invece, all'opera dei giuristi medievali (soprattutto dei glossatori) l'elaborazione dell'accessione come figura giuridica unitaria (nella quale furono inquadrare le varie fattispecie di tradizione romanistica), che - come tale - fu recepita nel codice napoleonico, per essere poi trasfusa nel primo codice civile dell'Italia unita.

Non è un caso se il codice civile del 1865, ancora ispirato al mito illuministico della completezza ed esaustività della legge, forniva una definizione unitaria dell'accessione. L'art. 443 di tale codice disponeva, infatti, che "La proprietà di una cosa, sia mobile che immobile, attribuisce diritto su quanto essa produce, o vi si unisce naturalmente o coll'arte: questo diritto si chiama diritto d'accessione".

Il codificatore del 1942, a fronte delle critiche della dottrina, non ha inteso dare una definizione legislativa dell'accessione; esso, piuttosto, ha dettato una disciplina più agile dell'istituto, espungendo dalle norme sull'accessione la materia dei frutti (disciplinata nel titolo I, dedicato ai "beni", del libro della proprietà) e adottando dell'accessione una nozione più ristretta (come si evince dalla intitolazione della sezione II del capo III del titolo II dello stesso libro) - limitata alle piantagioni, costruzioni o altre opere fatte sopra il suolo (c.d. "accessione di mobile ad immobile" o "accessione verticale") - che lascia fuori, quali figure autonome, tanto quelle tradizionalmente ricondotte alla "accessione di mobile a mobile" (unione e commistione, specificazione) quanto quelle ricondotte alla "accessione di immobile ad immobile" o "accessione orizzontale" (le varie figure dei c.d. incrementi fluviali).

Nonostante la frammentazione delle varie fattispecie tradizionalmente ricondotte all'accessione, la dottrina rinviene il carattere ad esse comune 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, non rilevando se essa sia avvenuta per evento naturale o per opera dell'uomo. La proprietà si acquista ipso iure

al momento dell'incorporazione; 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.

In questo senso, l'accessione costituisce un "meccanismo oggettivo" di acquisto della proprietà: la volontà dell'uomo - ove pure vi sia - non assume rilievo giuridico nè influisce positivamente sull'acquisto della proprietà (cfr. Cass., sez. 2, 06/06/2006, 13215; Cass., Sez. 2, 15/05/2013, n. 11742; Cass., Sez. 1, 12/06/1987, n. 5135).

Fattore unificante delle varie figure di accessione è la regola per cui il proprietario della "cosa principale" diviene proprietario della "cosa accessoria" quando quest'ultima si congiunge stabilmente alla prima ("accessorium cedit principali"). Il diritto di proprietà sulla cosa principale esercita, perciò, una vis attractiva sulla proprietà della cosa accessoria. E mentre con riguardo all'accessione di mobile a mobile spetta al giudice accertare in concreto - tenendo conto dei criteri della funzione e del valore - quale sia la cosa principale e quale quella accessoria, nel caso dell'accessione c.d. verticale è la stessa legge (art. 934 e segg. cod. civ.) 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 riconosce (anche se tale regola non manca delle sue eccezioni: come nel caso della c.d. "accessione invertita" di cui all'art. 938 cod. civ., cui può farsi ricorso ove vi sia stata occupazione parziale di un fondo altrui). Sicchè, quando riguarda un bene immobile, l'accessione si coniuga col principio per cui la proprietà immobiliare (c.d. "proprietà fondiaria") si estende in linea verticale teoricamente all'infinito, sia nel sottosuolo che nello spazio sovrastante al suolo, fin dove l'uno e l'altro siano suscettibili di utilizzazione economica, ossia fin dove il proprietario del suolo abbia interesse ad escludere le attività di terzi (art. 840 cod. civ., comma 2).

L'art. 934 cod. civ., che apre le disposizioni codicistiche dedicate all'accessione, detta la "regola generale" di tale modo di acquisto della proprietà - trasposizione dell'antico principio romanistico "quidquid inaedificatur solo cedit" (o "superficies solo cedit") secondo cui "Qualunque piantagione, costruzione od opera esistente sopra o sotto il suolo appartiene al proprietario di questo, salvo quanto disposto dagli artt. 935, 936, 937 e 938 e salvo che risulti diversamente dal titolo e dalla legge"; e gli articoli che seguono tale disposizione - disciplinando specificamente il caso delle opere fatte dal proprietario del suolo con materiali altrui (art. 935 cod. civ.), quello delle opere fatte dal terzo con materiali propri (art. 936 cod. civ.) e quello delle opere fatte dal terzo con materiali altrui (art. 937 cod. civ.) - confermano la preminenza assegnata dal legislatore al bene immobile sul bene mobile (sia pure con i temperamenti di volta in volta previsti).

La regola dell'accessione, nella misura in cui consente la ricompattazione e la semplificazione delle situazioni di appartenenza punta a salvaguardare l'interesse generale al più razionale sfruttamento economico del suolo, ma costituisce soprattutto - anche

grazie al sistema della pubblicità immobiliare - presidio della certezza dei rapporti giuridici e della sicurezza della circolazione della proprietà. Essa finisce per limitare lo stesso potere del proprietario del suolo di disporre del suo diritto, non potendo egli alienare il suolo e la costruzione l'uno separatamente dall'altro, salvo a costituire con atto redatto nelle forme di legge (art. 1350 cod. civ.) e soggetto all'onere della trascrizione (art. 2643 e segg. cod. civ.) - un diritto reale di superficie (sub specie di proprietà superficiaria) (artt. 952 e segg. cod. civ.).

2.3. - Orbene, premesso quanto sopra in ordine ai caratteri essenziali dell'accessione, occorre ritornare ora allo scrutinio del secondo e del quarto motivo di ricorso, con i quali - come si è veduto - viene sottoposta la questione circa la possibilità che l'accessione operi quando la proprietà del suolo sia comune a più soggetti (c.d. comunione o comproprietà) ed uno solo (o alcuni soltanto) di essi abbia edificato sul suolo comune; questione, questa, relativamente alla quale - come ha evidenziato l'ordinanza di rimessione - si fronteggiano due opposti indirizzi giurisprudenziali.

Secondo un primo indirizzo, più risalente, il principio dell'accessione (art. 934 cod. civ.) opererebbe anche nel caso di comunione, per cui la costruzione su suolo comune, pur se eseguita da uno solo dei comunisti, diverrebbe anch'essa comune, mano a mano che viene edificata, salvo contrario accordo scritto. La nuova costruzione diverrebbe, ai sensi dell'art. 934 cod. civ., automaticamente di proprietà di tutti i contitolari del suolo comune, secondo le quote spettanti su detto suolo a ciascuno di essi, salvo il diritto del costruttore al rimborso pro quota delle spese sostenute (Cass., Sez. 2, 11/07/1978, n. 3479; Cass., Sez. 2, 11/11/1997, n. 11120; Cass., Sez. 1, 23/02/1999, n. 1543).

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 poichè 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.); apparterebbe, invece, solo al comproprietario costruttore se eseguita in violazione della disciplina condominiale (costruzione "illegittima") (Cass., Sez. 2, 27/03/2007, n. 7523; Cass., Sez. 2, 18/04/1996, n. 3675; Cass., Sez. 2, 22/03/2001, n. 4120; Cass., Sez. 2, 24/01/2011, n. 1556).

2.4. - La Corte ritiene che il più recente orientamento giurisprudenziale non possa essere condiviso per le seguenti ragioni.

2.4.1. - Innanzitutto, il Collegio non reputa fondato l'assunto posto a fondamento dell'indirizzo giurisprudenziale in esame secondo cui presupposto indefettibile dell'accessione sarebbe la qualità di "terzo" del costruttore rispetto al proprietario del suolo; dal che discenderebbe - secondo tale opinione - che, nel caso in cui il suolo appartenga in comunione a più soggetti, non potendo il comproprietario costruttore essere considerato "terzo" rispetto agli altri comunisti, l'accessione non potrebbe operare.

Va premesso che, 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. 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, perchè 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). 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; Cass., Sez. 2, 27/08/1986, n. 5242).

Ciò premesso, va tuttavia osservato che un esame obiettivo del complesso della disciplina codicistica consente di ritenere, in accordo con autorevole dottrina, che l'operare dell'istituto dell'accessione non è affatto precluso dalla circostanza che, in presenza di una comunione del suolo, la costruzione sia realizzata da uno (o da alcuni) soltanto dei comproprietari.

Diversi argomenti conducono a tale conclusione.

In primo luogo, sul piano dell'interpretazione letterale della legge, va rilevato che l'art. 934 cod. civ. - che detta la "regola generale" in materia di accessione - non contiene alcun riferimento soggettivo al costruttore. 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.

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.

Conferma di quanto detto si ricava dall'interpretazione sistematica del complesso delle 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 cod. civ. (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").

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.

Altra conferma del fatto che l'applicabilità dell'art. 934 cod. civ. non è subordinata alla qualità di terzo del costruttore si desume, peraltro, dall'art. 935 cod. civ., 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.

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 da questa Corte in tema di "comunione legale tra i coniugi", laddove si è affermato che la costruzione realizzata durante il matrimonio da entrambi i coniugi sul suolo di proprietà esclusiva di uno solo di essi, appartiene a quest'ultimo in forza del principio di accessione e, pertanto, non entra a far parte della comunione legale (Cass., Sez. U, 27/01/1996, n. 651; Cass., Sez. 1, 30/09/2010, n. 20508).

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.

E allora, a meno di voler ridurre l'art. 934 cod. civ. ad una disposizione meramente enunciativa di una definizione giuridica (simile all'art. 443 cod. civ. abrogato) priva di immediata efficacia precettiva (ciò che, tuttavia, non sarebbe conforme nè alla lettera della legge nè all'intenzione del codificatore), deve concludersi 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.

Tra tali fattispecie rientra 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.

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.

Può ritenersi, dunque, che tanto l'interpretazione letterale quanto l'interpretazione sistematica delle norme codicistiche relative all'accessione depongono nel senso che la "regola generale" dell'accessione di cui all'art. 934 cod. civ. prescinde dal riferimento soggettivo all'autore della costruzione e che non vi sono ragioni per escludere che essa - legata com'è al mero fatto dell'incorporazione dei materiali al suolo - operi anche nel caso di costruzione realizzata dal singolo comproprietario sul suolo comune.

2.4.2. - Il Collegio non condivide neanche l'altro assunto, posto a fondamento della giurisprudenza criticata, secondo cui, allorché il suolo su cui sono eseguite le opere appartiene a più soggetti, l'art. 934 cod. civ. sarebbe derogato dalla disciplina della comunione.

E' vero che la regola generale dell'accessione posta dall'art. 934 cod. civ. vale - secondo quanto previsto dall'ultimo inciso della disposizione ("salvo che risulti diversamente (...) dalla legge") - a condizione che non sia derogata da una norma di legge a carattere speciale ("lex specialis derogat legi generali"). Non è vero, tuttavia, che la disciplina giuridica della comunione integri una deroga all'istituto dell'accessione.

Non esiste, tra accessione e comunione, alcun rapporto tra genus ad speciem.

Invero, la disciplina giuridica della comunione (art. 1100 e segg. cod. civ.) punta a regolare i rapporti tra comproprietari nell'uso e nel godimento della cosa comune (art. 1102 cod. civ.), 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 cod. civ.). Nessuna delle norme che regolano la comunione è, tuttavia, 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.

Peraltro, l'art. 1102 cod. civ. - che costituisce la norma fondamentale in materia di comunione (applicabile anche alla materia del condominio degli edifici in virtù del richiamo

contenuto nell'art. 1139 cod. civ.) - consente a ciascun partecipante alla comunione di servirsi della cosa comune "purchè non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso secondo il loro diritto".

La medesima ratio è posta a fondamento degli artt. 1108 e 1120 cod. civ., che consentono le innovazioni deliberate dalle maggioranze ivi previste, ma sempre a condizione che si tratti di innovazioni che non pregiudichino l'uso e il godimento della cosa comune da parte di alcuno dei partecipanti.

Orbene, 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.

D'altra parte, 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 (Cass., Sez. 2, 24/01/2011, n. 1556; Cass., Sez. 2, 21/05/2001, n. 6921).

Dunque, essendo la disciplina della comunione destinata a regolare i rapporti tra comproprietari nell'uso e nel godimento della cosa comune e non contenendo tale disciplina alcuna norma in grado di determinare l'attrazione della nuova opera nella sfera patrimoniale esclusiva del comunista costruttore, 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.

2.4.3. - Il Collegio non condivide neppure la conclusione secondo cui la costruzione edificata da uno solo dei comproprietari sul suolo comune diverrebbe di proprietà comune di tutti i comunisti solo se eseguita in conformità alle regole che disciplinano la comunione, cioè con il rispetto dei limiti posti al comproprietario nell'uso della cosa comune (art. 1102 cod. civ.), mentre apparterebbe in proprietà esclusiva al solo comproprietario costruttore se eseguita in violazione della detta disciplina (costruzione "illegittima").

Innanzitutto, 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 alle 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).

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.

Sul punto, va però osservato che sia la Costituzione (art. 42, secondo comma, a tenore del quale spetta alla legge determinare i modi di acquisto della proprietà) che il codice civile (art. 922, che, nell'elencare i vari modi di acquisto della proprietà, conclude con la formula "e negli altri modi stabiliti dalla legge") configurano una vera e propria "riserva di legge" in ordine ai modi di acquisto della proprietà, in forza della quale la proprietà può acquistarsi solo nei modi "legali", solo nei modi che il legislatore ha inteso prevedere (non solo - ovviamente - in seno al codice civile, ma anche in altri campi del diritto: si pensi ai vari casi di appropriazione coattiva previsti dal diritto pubblico o dal diritto processuale in materia esecutiva), non potendosi ammettere modi di acquisto della proprietà (o di altri diritti reali) diversi da quelli che il legislatore abbia previsto e disciplinato.

E allora, 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.

Per di più, va ricordato che la tutela della proprietà privata trova fondamento, oltre che nell'art. 42 Cost., nello stesso codice del 1942. L'art. 834 cod. civ., comma 1, quasi anticipando la previsione della futura Carta costituzionale, stabilisce "Nessuno può essere privato in tutto o in parte dei beni di sua proprietà, se non per causa di pubblico interesse, legalmente dichiarata, e contro il pagamento di giusta indennità"; e l'art. 1102 cod. civ., comma 2, espressamente preclude al singolo compartecipe di estendere il suo diritto sulla cosa comune in danno degli altri compartecipi, salvo che "muti il titolo del suo possesso" (addivenendo all'acquisto per usucapione ove ricorrano i presupposti richiesti dall'art. 1158 cod. civ.).

Perciò, ammettere che i comproprietari non costruttori possano perdere la proprietà della cosa comune per il semplice fatto della iniziativa di altro comproprietario, dando luogo ad una sorta di espropriazione della proprietà privata in assenza di un interesse generale e senza indennizzo, contrasta con i principi generali che reggono la materia e con la stessa Carta fondamentale (art. 42 Cost.).

Si tratta, peraltro, di una soluzione contraria ad ogni logica e al comune senso di giustizia, perchè finisce col premiare, piuttosto che sanzionare, il comproprietario che commette un abuso in danno degli altri comproprietari.

2.5. - In definitiva, alla luce di quanto sopra detto, il Collegio ritiene che la disciplina della comunione non configuri affatto una deroga legale al principio di accessione di cui all'art. 934 cod. civ. e che quest'ultimo 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.

Come si è detto, l'accessione costituisce un mero fatto giuridico, che opera per il solo fatto dell'incorporazione. L'acquisto della proprietà per accessione prescinde dalla volontà di alcuno e non è escluso dalla buona fede del costruttore; cosicché, nel caso di comunione del suolo e di costruzione eseguita su di esso da uno o da alcuni soltanto dei comunisti, tutti i comproprietari del suolo (costruttori e non costruttori) acquistano la proprietà della costruzione, in rapporto alle rispettive quote, per il semplice fatto di essere comproprietari del suolo.

E' ben vero che l'art. 934 cod. civ. fa salve le deroghe alla regola dell'accessione previste dalla "legge" o dal "titolo".

Tuttavia, nessuna delle deroghe all'operare dell'accessione previste dalla legge - quella relativa alle opere destinate all'esercizio della servitù eseguite dal proprietario del fondo dominante sul fondo servente (art. 1069 cod. civ.); o quelle relative alle addizioni eseguite dall'enfiteuta (art. 975 cod. civ., comma 3), dall'usufruttuario (art. 986 cod. civ., comma 2), dal possessore (art. 1150 cod. civ., comma 5) e dal locatore (art. 1593 cod. civ.), laddove lo *ius tollendi* opera quasi sempre in deroga all'accessione, se non ne venga nocumento alla cosa - riguardano il caso della comunione del suolo.

Quanto al titolo negoziale idoneo ad escludere l'operare dell'accessione, esso - com'è noto - non può essere costituito da un negozio unilaterale, essendo invece necessario un apposito contratto stipulato tra il proprietario del suolo e il costruttore dell'opera, che attribuisca a quest'ultimo il diritto di proprietà sulle opere realizzate (Cass., Sez. 3, 07/07/1980, n. 4337; Cass., Sez. 2, 21/02/2005, n. 3440).

Costituiscono titoli idonei a impedire l'operare dell'accessione, quelli costitutivi di diritti reali, fra i quali si colloca, oltre alla costituzione diretta di un diritto di superficie (art. 952 e segg. cod. civ.), la c.d. concessione ad aedificandum, con la quale il proprietario del suolo rinuncia a fare propria la costruzione che sorgerà su di esso. Trattandosi di contratti relativi a diritti reali immobiliari, essi, ai sensi dell'art. 1350 cod. civ., devono rivestire la forma scritta ad substantiam (Cass., Sez. 1, 23/02/1999, n. 1543; Cass., Sez. 2, 11/11/1997, n. 11120; Cass., Sez. 2, 19/04/1994, n. 3714; Cass., Sez. 2, 27/10/1984, n. 5511); come

anche per iscritto deve risultare la rinuncia del proprietario al diritto di accessione, che si traduce sostanzialmente nella costituzione di un diritto di superficie (Cass., Sez. 1, 15/12/1966, n. 2946).

Perciò, in mancanza di valido contrario titolo, qualunque costruzione edificata sul suolo comune - non solo da terzi (caso che ricadrebbe nelle fattispecie di cui agli artt. 936 e 937 cod. civ.), ma anche da uno o da alcuni soltanto dei comproprietari - diviene ipso iure, per il solo fatto dell'incorporazione e a prescindere dalla volontà manifestata dalle parti al di fuori delle forme prescritte dall'art. 1350 cod. civ., di proprietà comune di tutti comproprietari del suolo in proporzione alle rispettive quote dominicali.

2.6. - Una volta stabilito che - in virtù dell'operare dell'accessione - la costruzione su suolo comune appartiene a tutti i comproprietari del medesimo in proporzione alle rispettive quote di proprietà (salva l'esistenza di contrario titolo, nei termini sopra richiamati), rimane da stabilire quale sia il "regime giuridico" che deve disciplinare i rapporti tra il comproprietario costruttore e gli altri comproprietari (divenuti ope legis comproprietari della costruzione).

L'art. 934 cod. civ. nulla dispone circa la disciplina che deve regolare i rapporti tra costruttore e proprietario del suolo; e 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 (cfr. ex plurimis, Cass., Sez. 2, 14/01/2009, n. 743; Cass., Sez. 2, 14/12/1994, n. 10699).

Il Collegio 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.

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 col limite di non pregiudicare il godimento della cosa comune da parte di alcuno dei partecipanti.

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 possessorie (cfr., in tema di azione di manutenzione, Cass., Sez. 2, 17/10/2006, n. 22227) e l'azione di rivendicazione (Cass., Sez. 2, 28/08/1990, n. 8884).

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. (cfr. Cass., Sez. 2, 13/11/1997, n. 11227). 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..

Il Collegio ritiene, tuttavia, che l'esercizio dello ius tollendi debba essere coniugato con il principio di "tolleranza", col principio di "affidamento" e con quello di "buona fede" (in ordine a tali principi, ex plurimis, v. Cass., Sez. U, 27/04/2017, n. 10413; Cass., Sez. U, 15/11/2007, n. 23726).

Si tratta, peraltro, di principi sottesi al disposto dell'art. 936 cod. civ., comma 4, laddove esso stabilisce che "il proprietario non può obbligare il terzo a togliere le piantagioni, costruzioni ed opere, quando sono state fatte a sua scienza e senza opposizione o quando sono state fatte dal terzo in buona fede".

E' 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 di affidamento, nonchè del principio di buona fede.

Trattasi 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.

E' necessario, allora, 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.

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.

Per la medesima ragione anche 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.

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.

Trattandosi di un consenso che non incide sulla proprietà della costruzione, esso può essere dimostrato con ogni mezzo di prova.

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.*).

2.7. - Premesso quanto sopra, tornando all'esame della fattispecie concreta sottoposta al giudizio di questa Suprema Corte, va rilevato come le *rationes decidendi* della sentenza impugnata contrastino con i principi di diritto sopra esposti.

I giudici di merito hanno ritenuto che l'istituto dell'accessione di cui all'art. 934 non potesse operare nel caso di costruzione edificata da uno solo dei comproprietari su suolo comune ed hanno ritenuto che la costruttrice società Cà D'Oro fosse divenuta *ab origine* unica proprietaria della costruzione in virtù di accordi non bene individuati, nè in ordine al loro contenuto nè in ordine alla loro forma.

Così facendo, la Corte territoriale ha mostrato di non tener conto del principio di diritto ripetutamente affermato da questa Corte regolatrice secondo cui i contratti traslativi della proprietà di beni immobili o costitutivi, modificativi o traslativi di diritti reali immobiliari su cosa altrui devono, ai sensi dell'art. 1350 cod. civ., rivestire la forma scritta *ad substantiam* (Cass., Sez. 1, 23/02/1999, n. 1543; Cass., Sez. 2, 19/04/1994, n. 3714; Cass., Sez. 2, 27/10/1984, n. 5511; Cass., Sez. 2, 16/03/1984, n. 1811); sicchè è nulla la promessa verbale del proprietario del suolo di trasferire ad altro la proprietà del manufatto su di esso edificato (cfr. Cass., Sez. 2, 26/11/1988, n. 6380); come, d'altra parte, la concessione ad *aedificandum* convenuta verbalmente, e quindi senza un atto scritto, non acquista efficacia reale, ma dà vita ad un rapporto meramente obbligatorio, ossia ad un diritto personale nei confronti del concedente (Cass., Sez. 1, 17/12/1968, n. 4006; Cass., Sez. 2, 10/07/1985, n. 4111).

La Corte territoriale avrebbe dovuto, invece, verificare se fosse stato stipulato tra le parti un contratto redatto in forma scritta avente ad oggetto il trasferimento della proprietà del suolo su cui insiste la costruzione realizzata dalla società convenuta ovvero la costituzione di un diritto di superficie o di altro diritto reale in grado di separare la proprietà del suolo dalla proprietà della costruzione ovvero - ancora se il P. avesse posto in essere (sempre con la dovuta forma scritta richiesta dall'art. 1350 cod. civ., n. 5) una rinuncia abdicativa alla propria quota di comproprietà (con conseguente accrescimento del diritto di proprietà della Cà D'Oro) ai sensi dell'art. 1104 cod. civ., comma 1, (sul punto, cfr. Cass., Sez. 2, 25/02/2015, n. 3819; Cass., Sez. 2, 06/07/1968, n. 2316); e non avrebbe potuto dare improprio rilievo, ai fini del riconoscimento della proprietà della costruzione, al consenso manifestato "verbalmente" dal P. o al fatto che quest'ultimo si fosse reso esecutore materiale della costruzione su incarico della società Cà D'Oro o alla circostanza che soltanto tale società avesse sopportato i costi di costruzione (circostanze - queste - rilevanti ai fini della verifica della spettanza al P. dello ius tollendi, ma non in grado di incidere sull'acquisto della proprietà della costruzione).

Non rimane, pertanto, che cassare la sentenza impugnata in relazione al secondo e al quarto motivo di ricorso, con rinvio ad altra sezione della Corte di Appello di Venezia, che, ai sensi dell'art. 384 cod. proc. civ., comma 2, si uniformerà ai seguenti principi di diritto:

- "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, 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";

- "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";

- "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 dell'opera".

3. - Gli altri motivi rimangono assorbiti.

4. - Il giudice di rinvio provvederà anche in ordine alle spese relative al presente giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte Suprema di Cassazione, pronunciando a Sezioni Unite, accoglie il secondo e il quarto motivo di ricorso, rigetta il primo e il quinto, dichiara assorbiti gli altri; cassa la

sentenza impugnata in relazione alle censure accolte e rinvia, anche per le spese del giudizio di legittimità, ad altra sezione della Corte di Appello di Venezia.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle Sezioni Unite Civili della Corte Suprema di Cassazione, il 7 novembre 2017.

Depositato in Cancelleria il 16 febbraio 2018

GIURISPRUDENZA COMMENTATA

Cassazione civile sez. un., 30/04/2020, n. 8434

La qualificazione giuridica del contratto con cui si concede il lastrico solare a terzi per l'installazione di ripetitori di segnali di telefonia

Fonte: GiustiziaCivile.com , 20 AGOSTO 2020

Autori: Messina Salvatore

IL CASO -La questione rimessa alla cognizione delle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione concerne la qualificazione giuridica del contratto con cui un soggetto ceda in godimento, a titolo oneroso, ad una società il lastrico solare, al fine di installarvi ripetitori per il segnale di telefonia ed altri impianti tecnologici, per un certo periodo di tempo, mantenendo la disponibilità di questi ultimi e con l'impegno di asportarli alla cessazione del rapporto.

Specificamente, un condominio e tre suoi condomini convenivano in giudizio due società - una delle quali partecipante al condominio - chiedendo la rimozione dal tetto dell'immobile degli impianti per le antenne di proprietà di una delle due società.

La società partecipante al condominio deduceva di aver concesso in locazione, con contratto avente data certa del 3 dicembre 2001, una porzione del tetto per l'installazione dei suddetti impianti tecnologici.

La trascrizione del contratto di locazione testé menzionato lo rendeva, secondo la convenuta, opponibile anche ai condomini successivamente a questa data divenuti tali e che, in ogni caso, l'esistenza del contratto di locazione era ben nota a tutti i condomini, in quanto avevano dichiarato nel regolamento di condominio di essere a conoscenza della sussistenza della servitù derivante dall'installazione dei ripetitori di segnale telefonico sul tetto.

In primo grado, le domande degli attori veniva respinte.

Viceversa, in sede di gravame, venivano accolte le doglianze prospettate dagli appellanti, con conseguente negazione del diritto per le parti appella di mantenere sul tetto

dell'immobile condominiale il supporto con le antenne di telefonia mobile e degli altri impianti tecnologici ivi installati ed ordine di rimozione delle opere e dei collegamenti tra queste e le apparecchiature site nel locale cantina di proprietà di una delle società appellate.

Avverso la sentenza di gravame, veniva proposto ricorso per Cassazione, e la Seconda Sezione civile rimetteva gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle S.U. della questione relativa alla necessità o meno del consenso di tutti i partecipanti al condominio, ex art. 1108, comma III, c.c., per l'approvazione del contratto con cui il condominio ceda il godimento ad un terzo, dietro pagamento di un corrispettivo, del lastrico solare, o di altra superficie comune, allo specifico scopo di consentire l'istallazione di impianti che comportino la trasformazione dell'area.

LE QUESTIONI GIURIDICHE E LA SOLUZIONE - Il nodo attorno al quale si sostanzia la questione rimessa alle S.U. afferisce allo stabilire se il contratto con cui il proprietario del lastrico solare ceda, a titolo oneroso, ad un altro contraente il diritto di installarvi e mantenervi per un certo tempo un ripetitore e di asportarlo al termine del rapporto debba essere qualificato come contratto ad effetti reali, ed in tal caso sarebbe necessario, affinché il contratto possa produrre effetti, il consenso, ex art. 1180, comma III c.c., di tutti i condomini, ovvero come contratto ad effetti obbligatori, non occorrendo – in tale eventualità – il consenso unanime.

L'*iter* motivazione delle S.U. muove da un primo dato fondamentale: per qualificare giuridicamente un contratto, al di là del *nomen iuris* attribuito dalle parti – che di per sé non è determinante, ma indiziario – bisogna guardare a specifici fattori testuali dedotti nel regolamento negoziale, quali la previsione relativa alla durata, la disciplina negoziale della corte del manufatto da collocare alla cessazione del rapporto, la determinazione di un emolumento da corrispondere in unica soluzione o periodicamente, la regolazione degli obblighi del cessionario sulla manutenzione della porzione di immobile che funge da base per l'impianto, nonché da elementi extra-testuali, come la forma dell'atto – se pubblico o meno – ed il comportamento delle parti successivamente alla conclusione del contratto, cioè se scelgono di trascriverlo o meno anche se la durata dell'accordo è infra-novennale.

Le S.U. qualificano come beni immobili i ripetitori dei segnali di telefonia, il che è fondamentale perché, altrimenti, sicuramente non potrebbe attribuirsi natura reale al contratto, asserendo che gli stessi rientrano nella definizione di cui all'art. 812, comma 2, c.c. tra le «altre costruzioni, anche se unite al suolo a scopo transitorio» posto che – per costante giurisprudenza (cfr. tra le altre, Cass.civ.n. 20574 del 2007) – è da considerarsi bene immobile qualunque costruzione, di qualsiasi materiale, che sia incorporata o congiunta materialmente al suolo, anche se a scopo transitorio, e che siano anche “costruzioni”, tenuto conto che con tale termine si intende qualsiasi manufatto che abbia i caratteri di solidità, stabilità ed immobilizzazione al suolo, anche mediante appoggio,

incorporazione o collegamento fisso a corpo di fabbrica preesistente o contestualmente realizzato.

L' "incorporazione" cui fa riferimento il primo comma dell'art. 812 c.c. va intesa in senso strumentale-funzionale tra bene incorporato e bene incorporante, poiché ciò che maggiormente rileva è l'idoneità del bene incorporato al suolo a formare oggetto di diritti nella sua dimensione spaziale.

La qualificazione in termini di "costruzione" dei ripetitori è suffragata dalle indicazioni del T.U.edilizia, che all'art. 3, comma 1, lett. e), punto 4, ricomprende espressamente l'installazione di ripetitori per i servizi di telecomunicazioni tra gli interventi di c.d. "nuova costruzione", nonché dalla previsione dell'art. 86, comma 3, d.lgs. n. 259/03, che assimila questi manufatti alle opere di urbanizzazione primaria, quindi soggetta – tra l'altro – alla verifica di compatibilità urbanistico-edilizia dell'intervento, con conseguente applicabilità del disposto sia dell'art. 934 c.c., rendendoli oggetto dell'istituto dell'accessione, che dell'art. 952 c.c., potendo – quindi – astrattamente essere idonei a fondare il diritto di superficie.

L'ascrizione dei ripetitori di segnale telefonico nel novero delle costruzioni e, quindi, dei beni immobili, in astratto, consente di perseguire l'obiettivo dedotto nel regolamento negoziale portato alla cognizione delle S.U. tramite un contratto ad effetti reali e, nello specifico, di un contratto costitutivo del diritto reale di superficie.

Il Supremo Collegio specifica che è soltanto quest'ultimo diritto a poter essere usato quale schema negoziale nell'ambito dei diritti reali per la fattispecie di cui si tratta, perché il modello della servitù volontaria va escluso stante la mancanza dell'*utilitas* per un fondo dominante, nonché la presenza stessa di un fondo dominante.

Allo stesso modo, deve escludersi l'utilizzabilità del diritto di uso ex art. 1021 c.c., che nonostante sia vero possa sorgere in capo alle persone giuridiche e consenta di edificare sul fondo, nel caso di installazione di ripetitori di segnali sul lastrico solare, l'unica facoltà che contrattualmente compete alla società cessionaria è quella di installare il ripetitore, e fruire del diritto di uso implicherebbe un condizionamento maggiore (non consentito) del diritto derivante dal titolo negoziale.

Il diritto reale confacente allo schema negoziale dedotto in contratto dalle parti che intendano cedere/acquisire il godimento – a titolo oneroso – del lastrico solare al fine di installare un ripetitore di segnale di telefonia è, quindi, quello di superficie.

Il diritto reale di superficie, infatti, conferisce all'acquirente la facoltà di realizzare e mantenere, sul suolo altrui, una costruzione, che formerà oggetto esclusivo della proprietà superficiaria e, ex art. 953 c.c., può essere a tempo determinato, consentendo – allo scadere del termine fissato – al proprietario superficiario di asportare il manufatto, se così è pattuito.

Le S.U. si premurano di specificare, altresì, che affinché il diritto di cui si tratta possa qualificarsi come diritto reale di superficie occorre che le parti abbiano inteso fornirgli le caratteristiche della realtà, ossia la valenza *erga omnes*, la trasferibilità ai terzi e l'assoggettabilità all'ipoteca.

Le S.U., tuttavia, evidenziano come il medesimo obiettivo contrattuale, che può perseguirsi mediante un contratto di superficie, quindi con un contratto ad effetti reali, possa realizzarsi anche con un contratto ad effetti obbligatori.

Invero, l'autonomia privata garantita dall'art. 1322 c.c. consente alle parti di scegliere di perseguire i risultati socioeconomici di una determinata operazione tanto con un contratto ad effetti reali, quanto con un contratto ad effetti obbligatori.

Un esempio paradigmatico è il diritto a raccogliere i frutti dal fondo altro che può conseguirsi sia con un contratto attributivo di un diritto personale di godimento, come il contratto d'affitto.

Nel caso di specie, lo schema negoziale che può venire in rilievo è quello del contratto atipico di concessione dello *ius ad aedificandum* ad effetti obbligatori.

Già nel 1967, con la sentenza n. 2851 di quell'anno, la Cassazione ammise la possibilità che la concessione *ad aedificandum* potesse assumere le caratteristiche di un diritto personale, di natura obbligatoria, latamente riconducibile ad un tipo anomalo di locazione, in cui al locatario si concede il godimento di un suolo, con facoltà di farvi delle costruzioni di cui godrà sostanzialmente come farebbe un conduttore e che, alla fine del rapporto, dovrà rimuovere a sua cura e spese.

Pertanto, la concessione *ad aedificandum* non si concreta, sempre, in un diritto di superficie, ma ex art. 1322 c.c. può assumere i connotati di un diritto personale di godimento.

Le S.U., in sostanza, affermano l'astratta possibilità, per il proprietario del lastrico solare che intenda concedere ad altri, a titolo oneroso, il diritto di installare un ripetitore, di cui questi ultimi mantengono la disponibilità ed il godimento esclusivo in corso d'esecuzione del rapporto, e che - dopo un certo lasso temporale - va rimosso, di perseguire tale obiettivo sia con un contratto ad effetti reali, che con un contratto ad effetti obbligatori.

Nel caso in esame, l'interesse prevalente del beneficiario è quello di ottenere un luogo su cui installare il ripetitore, la cui vera utilità non risiede nella natura stessa del bene/costruzione, ma nella sua collocazione topografica.

In altri termini, l'aspetto di maggior interesse per il beneficiario è il godimento di quella specifica area, posta in quello specifico luogo, maggiormente funzionale alla ripetizione del segnale.

Tutti questi elementi, d'ordinario, nello schema del diritto reale di superficie non rilevano, o

meglio non hanno valenza preminente (le caratteristiche tecniche del ripetitore, la determinazione della durata del rapporto, il diritto del beneficiario di asportare il manufatto, ecc.).

Pertanto, relativamente al diritto che è stato portato alla cognizione delle S.U., queste ultime rilevano che – in mancanza di un'espressa indicazione di senso contrario, che può anche derivare dall'interpretazione del singolo contratto – lo schema negoziale di cui si tratta deve essere ricondotto a quello del contratto atipico di concessione *ad aedificandum* ad effetti obbligatori, con conseguente applicazione di tutta la disciplina – generale e speciale – prevista per i patti negoziali e per le norme generali in tema di locazione.

D'altronde, la qualificazione in termini di contratto ad effetti reali implicherebbe la necessità di riconoscere la qualità di condomina alla compagnia telefonica, il che di norma non rientra nell'intento pattizio.

Nulla toglie, però, che le parti abbiano interesse a stipulare un contratto che fornisca il diritto di superficie perché, ad esempio, il beneficiario ha interesse ad iscrivere ipoteca allo scopo di finanziare l'iniziativa.

Va, parimenti, evidenziata la difficoltà pratica di differenziare un contratto di concessione *ad aedificandum* atipica rispetto ad un contratto tipico di locazione.

Per grandi linee, può dirsi che il distinguo risiede nel fatto che il contratto tipico di locazione fornisca un uso attivo del bene maggiore rispetto a quello consentito dal semplice "diritto di appoggio" di una costruzione.

Questa distinzione è comunque convenzionale, poiché anche il contratto tipico di locazione può vedere ristretto il proprio ambito applicativo, in via convenzionale, ad una particolare utilità del bene.

E', però, certo che la configurabilità in termini di concessione atipica *ad aedificandum* implichi l'applicabilità sia dell'art. 1599 c.c., il che garantisce l'opponibilità del contratto al terzo acquirente e garantisce non solo la pattuizione relativa alla concessione dell'occupazione del lastrico, ma anche quella che attribuisca – incondizionatamente – lo *ius tollendi*, al termine del rapporto, alla compagnia di telefonia, quanto dell'art. 2643, n. 8, c.c., in tema di trascrizione dei contratti di locazione immobiliare di durata superiore ai nove anni.

Tra l'altro, l'eventuale attribuzione dello *ius tollendi* alla compagnia di telecomunicazione e, specularmente, la sottrazione al proprietario del lastrico del diritto di ritenere l'addizione, ossia il ripetitore, è perfettamente legittima, in quanto la previsione con la quale contrasta, ossia il primo comma dell'art. 1593 c.c., non è norma imperativa, dunque è derogabile secondo il volere pattizio.

Le S.U. specificano, anche, che la locazione costituisce titolo idoneo ad impedire l'accessione, poiché – per costante giurisprudenza di legittimità (*ex multis*, Cass. civ., n.

233 del 1968; Cass. civ. n. 4111 del 1985) – non può operare la previsione di cui all'art. 934 c.c., la quale non ha carattere di assolutezza, se la costruzione è stata oggetto di espressa convenzione tra proprietario del suolo e costruttore, cioè opera solo se non emerga, dalla legge o dal titolo negoziale, che l'opera costruita sopra o sotto il suolo appartenga ad un soggetto diverso dal proprietario del suolo medesimo.

Tirando le fila della trattazione sin qui estesa, le S.U. rilevano che il lastrico solare dell'immobile condominiale oggetto della controversia è parte comune dell'edificio ex art. 1117 c.c.

Pertanto, ex art. 1108, comma 3, c.c., sarebbe necessario il consenso di tutti i condomini per la costituzione di un diritto reale.

Invece, per il rilascio di una concessione atipica *ad aedificandum*, di durata non superiore a nove anni, è sufficiente la maggioranza richiesta per gli atti di ordinaria amministrazione in prima o seconda convocazione dell'assemblea condominiale.

In definitiva, la questione sulla natura giuridica del contratto con cui un condominio abbia concesso ad altri, previo pagamento di un corrispettivo, il godimento del lastrico solare allo scopo di consentire al concessionario l'installazione di infrastrutture ed impianti che comportino la trasformazione dell'area, riservando al detentore del lastrico di godere e disporre dei manufatti nel corso del rapporto e di asportarli alla cessazione del medesimo, richiede l'approvazione di tutti i condomini se il contratto viene qualificato come diritto temporaneo di superficie.

Viceversa, non è necessario il consenso unanime dei condomini se il contratto abbia attribuito al concessionario una concessione *ad aedificandum* atipica infra-novennale.

Per quanto attiene alle altre questioni giuridiche prospettate nel ricorso:

a) relativamente alla dedotta violazione dell'art. 1105 c.c., in base al quale sugli immobili oggetto di comunione concorrono pari poteri gestori da parte dei comproprietari, in difetto di prova contraria, sulla presunzione che gli stessi agiscano con il consenso degli altri, le S.U. ritengono di dover disattendere il motivo, in quanto non pertinente con la *ratio decidendi*, poiché il principio di cui all'art. 1105 c.c. vale solo per gli atti che il singolo condomino abbia compiuto in relazione a parti comuni dell'edificio condominiale, per conto e nell'interesse del condominio, mentre nel caso di specie il contratto è stato concluso da un condominio nel proprio esclusivo interesse;

b) per quanto attiene all'asserita violazione degli artt. 1102 e 1159 cc., secondo la quale l'art. 1102 c.c. consentirebbe a ciascun condominio di fare uso di parti condominiali dell'edificio solo in forma diretta e non anche indiretta (quale la cessione a terzi), e l'art. 1159 c.c. implicherebbe l'incompatibilità della presenza del traliccio sul lastrico con il pari uso di quest'ultimo da parte degli altri condomini, le S.U. rilevano come la censura mossa ai sensi dell'art. 1159 c.c. non meriti seguito, perché attinge ad un giudizio di fatto della Corte d'appello.

Conseguentemente, è irrilevante la doglianza ex art. 1102 c.c., poiché l'uso della cosa comune da parte del singolo comproprietario, ammesso o meno anche in forma indiretta che sia, non può comunque mai eccedere il diritto degli altri comproprietari di fare parimenti uso della cosa;

c) in merito alla presunta violazione degli artt. 1372 e 1599 c.c., che si configurerebbe – per l'art. 1372 c.c. – nel fatto che il contratto sarebbe tutt'ora valido, non essendo stato sciolto in alcun modo e – per l'art. 1599 – stante il principio *emptio non tollit locatum*, il quale implicherebbe che il contratto concluso tra proprietario del lastrico e compagnia telefonica sia opponibile anche ai condomini divenuti tali dopo la stipula del contratto, le S.U. osservano che la censura relativa all'art. 1372 c.c. non rileva, in quanto ad essere in discussione è il diritto della società cedente di fare uso indiretto del lastrico.

Invece, il Supremo Collegio ritiene fondata la censura basata sulla violazione dell'art. 1599 c.c. poiché, stante la qualifica del contratto come di locazione (non contestata dai ricorrenti), e che detto contratto abbia data certa e non sia stato trascritto nei registri immobiliari, il disposto di cui all'art. 1599 c.c. deve trovare precipua applicazione nel caso di specie;

d) Relativamente alla dedotta violazione degli artt. 1103 e 1005 c.c., le S.U. risolvono la questione argomentando allo stesso modo di quanto fatto per l'asserita violazione dell'art. 1102 c.c. (si vd. punto sub b);

e) In merito alla presunta violazione dell'art. 1106 c.c., le S.U. ripropongono la medesima considerazione svolta relativamente all'art. 1159 c.c. (si vd. punto sub b);

f) Per quanto attiene all'asserita violazione degli artt. 1126 e 2056 c.c., le S.U. li ritengono assorbiti dall'accoglimento della doglianza afferente all'art. 1159 c.c.

OSSERVAZIONI -La sentenza n. 8434 del 30 aprile 2020 delle S.U. Civili della Corte di Cassazione si pone in evidenza per la particolare schematicità dell'iter logico-motivazionale che ha portato alla decisione.

La questione portata alla cognizione del Supremo Collegio è di particolare rilievo, posto che la qualificazione in termini di contratto ad effetti reali ovvero ad effetti obbligatori dell'accordo con il quale un condomino conceda il godimento del lastrico solare ad un soggetto terzo, al fine di installare un ripetitore di segnale di telefonia implica conseguenze applicative notevolmente difformi.

Invero, un contratto ad effetti reali – *sub specie* di diritto reale di superficie – si caratterizza per alcune caratteristiche tipiche: l'opponibilità *erga omnes*, la necessità della trascrizione ai fini della produzione degli effetti giuridici e la possibilità di iscrivere ipoteca sul bene.

Invece, un contratto ad effetti obbligatori - *sub specie* di concessione atipica del diritto ad *aedificandum* - ha caratteristiche differenti: la valenza è soltanto *inter partes*, non è

necessaria la trascrizione affinché possa produrre effetti giuridicamente rilevanti e l'impossibilità di iscrivere ipoteca sul bene.

Le S.U. propendono per una soluzione "salomonica", massimizzando il valore dell'autonomia pattizia ex art. 1322 c.c., purché si muova sempre nel rispetto delle norme cogenti.

Di fatto, è rimessa alla libera scelta delle parti la possibilità di propendere per lo schema negoziale del contratto ad effetti reali, costituendo un diritto reale di superficie sul lastrico solare, ovvero per il regolamento contrattuale - ad effetti obbligatori - della concessione atipica del diritto ad *aedificandum*.

La flessibilità del mezzo giuridico consentita alle parti è utile al fine di fornire a queste ultime la massima possibilità di adattare il regolamento negoziale a quelle che sono le loro esigenze pratiche.

Pertanto, se ritengono più utile costituire un diritto di superficie, per motivi loro propri, possono scegliere quello schema contrattuale, e lo stesso vale nel caso in cui propendano per una più utile valenza della concessione atipica del diritto ad edificare.

La qualificazione nell'uno o nell'altro senso del contratto, però, può non essere necessariamente esplicitata, e sarà compito del giudice di merito - secondo le S.U. - qualificare concretamente il contratto come ad effetti obbligatori, ovvero ad effetti reali, a seconda degli indici - testuali ed extra- testuali - che in concreto emergano, dando valore all'indicazione del termine di durata, piuttosto che al comportamento delle parti, etc... .

L'aspetto più importante, quindi, rimane il volere delle parti, perché astrattamente la fattispecie concreta di cui si tratta può essere ricondotta sia allo schema giuridico del contratto ad effetti reali, che a quello del contratto ad effetti obbligatori, ed è compito del giudice di merito - in concreto - verificare quale sia stata la scelta operata dalle parti ed applicare a quel contratto specifico la normativa di riferimento.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI E GIURISPRUDENZIALI - G. BORDOLLI, *Impianti e beni comuni in condominio*, Santarcangelo di Romagna 2016; R. CALVO, *La locazione*, Torino, 2016; R. CLARIZIA, *Proprietà e diritti reali*, Milano, 2016; R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto civile*, Torino, 2019;

GUARNIERI, *La superficie. Artt. 952-956*, Milano 2007; L. SALCIARINI, *Lastrico solare. Responsabilità e ripartizione delle spese*, Milano 2016; A. SCARPA- G.A. CHIESI-R. TRIOLA, *Codice del condominio*, Milano, 2020.

MASSIMA

Cassazione civile sez. un. - 16/02/2018, n. 3873

La disciplina dell'accessione ex art. 934 c.c. si applica anche al caso di costruzione eseguita da uno dei comproprietari sul fondo comune

Cassa con rinvio, CORTE D'APPELLO VENEZIA, 09/08/2012

La costruzione eseguita dal comproprietario sul suolo comune diviene, per accessione, ai sensi dell'art. 934 c.c., di proprietà comune agli altri comproprietari dell'immobile, salvo contrario accordo, traslativo della proprietà del terreno o costitutivo di un diritto reale su di esso, che deve rivestire la forma scritta "ad substantiam".

Fonte:

Giustizia Civile Massimario 2018

Diritto & Giustizia 2018, 19 febbraio (nota di: Morello)

Condominioelocazione.it 26 FEBBRAIO 2018 (nota di: Morello)

Foro it. 2018, 4, I, 1200 (nota di: Bona)

Guida al diritto 2018, 12, 42 NOTA (s.m.) (nota di: PISELLI)

Rivista del Notariato 2018, 3, II, 589

Note Giurisprudenziali:

(1-2-3) La sentenza delle Sezioni Unite può suddividersi in due parti: la prima chiarisce i rapporti tra accessione e comunione; la seconda, si sofferma sul regime giuridico dei rapporti tra il comproprietario costruttore e gli altri comproprietari.

La fattispecie sulla quale sono intervenute le Sezioni Unite è stata la seguente: la società Alfa, comproprietaria insieme a Tizio di un'area, ha realizzato una costruzione. Tizio, quindi, ha convenuto in giudizio la società costruttrice chiedendo lo scioglimento della comunione delle unità immobiliari edificate sul suolo comune, costituite da 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 ha chiesto di dichiarare il non luogo a provvedere sulla divisione dei locali seminterrati comuni destinati ad autorimessa e cantina, stante l'intervenuto accordo fra 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.

Tanto il Tribunale che la Corte d'Appello hanno dato ragione alla società costruttrice, ritenendo che il corpo di fabbrica interrato edificato dalla società non fosse «cosa comune» in quanto esso: a) risulta incorporato alla proprietà esclusiva della società Alfa; b) non è incorporato né funzionalmente legato alla proprietà di Tizio; c) è privo di caratteristiche tali da indurre a ritenerlo essenziale all'esistenza dei beni comuni; d) è stato progettato in funzione esclusiva delle preesistenti unità immobiliari di proprietà della società Alfa.

La Corte d'Appello ha ritenuto che tra le parti vi fosse stato un valido accordo, provato documentalmente e, nell'escludere la comproprietà di quanto realizzato nel sottosuolo, ha richiamato il principio di diritto per cui alla costruzione realizzata da uno dei comproprietari su suolo comune si applica la disciplina della comunione — e non quella sull'accessione ex art. 934 cod. civ. — con la conseguenza che la nuova costruzione diviene di proprietà comune ai condomini non costruttori solo se essa sia stata realizzata in conformità alle norme che disciplinano l'uso della cosa comune; se abusivamente realizzata essa non diviene comune neppure per accessione.

L'ordinanza di rimessione alle S.U. n. 9316 dell'11 aprile 2017 ha evidenziato il contrasto tra due orientamenti della giurisprudenza di legittimità a proposito della proprietà della costruzione realizzata da uno dei comproprietari del suolo comune. In particolare:

A) l'orientamento più risalente ha sostenuto che la costruzione su area comune è anch'essa comune per l'operare dell'accessione ex art. 934 cod. civ., salvo diverso accordo scritto *ad substantiam*, pena la invalidità dell'accordo (verbale). In tal senso, cfr. Cass. 23 febbraio 1999, n. 1543, in *Arch. loc.*, 1999, 817 con nota di De Tilla; Cass. 11 novembre 1997, n. 11120, in *Giust. civ. Mass.* 1997, 2132; Cass. 11 luglio 1978 n. 3479, in *Giur. it.* 1979, I, 1, 820; Cass. 10 novembre 1980 n. 6034, in *Giust. civ. Mass.* 1980, fasc. 11);

B) l'orientamento più recente, ma prevalente — seguito anche dai giudici di merito — ha sostenuto che la disciplina sull'accessione riguarda soltanto le costruzioni su terreno altrui, mentre per le costruzioni realizzate su suolo comune si applica la disciplina sulla comunione, così che la comproprietà della nuova opera sorge a favore dei condomini non costruttori solo se essa sia realizzata in conformità a detta disciplina, mentre le opere realizzate abusivamente devono considerarsi appartenenti al comproprietario costruttore e rientranti nella sua esclusiva sfera giuridica (cfr. Cass. 22 marzo 2001, n. 4120, in *Giust. civ. Mass.* 2001, 551; Cass. 27 marzo 2007, n. 7523, in *Riv. not.*, 2008, 612, con nota di PEDRON; Cass. 18 aprile 1996, n. 3675, in *Giust. civ. Mass.* 1996, 603, e in *Riv. giur. edil.*, 1996, 905; Cass. 24 gennaio 2011, n. 1556, in *Giust. civ. Mass.* 2011, 1, 104).

La conclusione alla quale è giunto l'orientamento più recente non ha convinto, come detto, i giudici della seconda sezione della Corte di Cassazione, perché il modo di acquisto della proprietà che ne deriva non rientra tra quelli stabiliti dall'art.922 cod. civ.

Le Sezioni Unite hanno ribaltato l'esito dei giudizi di merito.

Nell'esaminare la questione, l'intento delle Sezioni Unite è stato quello di coniugare la disciplina dell'accessione con quella 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 ove quest'ultima sia stata realizzata dall'altro comunista in violazione dei limiti dell'art.1102 cod. civ. al godimento della cosa comune.

Le Sezioni Unite hanno aderito all'orientamento *sub A*).

I giudici di legittimità, prima di giungere a formulare i principi di diritto sopra riprodotti nelle massime, hanno illustrato i caratteri essenziali dell'accessione ricordando come essa sia espressione del carattere «assoluto» del diritto di proprietà, della pretesa del suo titolare di non essere disturbato nel suo godimento contro qualsiasi terzo.

Il carattere comune delle varie fattispecie riconducibili all'accessione risiede nel fatto che l'acquisto della proprietà è legato al solo fatto materiale ed obiettivo della incorporazione (c.d. «attrazione reale»), da intendersi come «unione stabile» di una cosa con un'altra. Peraltro, l'incorporazione 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.

In questo senso si vuol dire che l'accessione è un «meccanismo oggettivo» di acquisto della proprietà, perché la volontà dell'uomo non assume rilievo giuridico né influisce positivamente sull'acquisto della proprietà (cfr. Cass. 6 giugno 2006, n. 13215, in *Giust. civ. Mass.* 2006, 6; Cass. 15 maggio 2013, n. 11742, in *Giust. civ. Mass.* 2013; Cass. 12 giugno 1987, n. 5135, in *Giust. civ. Mass.* 1987, fasc. 6).

La proprietà sulla cosa principale attrae la proprietà della cosa accessoria: nell'accessione da mobile a mobile spetta al giudice accertare quale sia la cosa principale e quale quella accessoria; nell'accessione c.d. verticale è la legge ad individuare la «cosa principale» nel bene immobile (il suolo): di ciò si rinviene evidenza nella regola contenuta nell'art.934 cod. civ.

Tale meccanismo limita il potere di disposizione del proprietario che non può alienare la costruzione separatamente dal suolo, salvo che si costituisca un diritto reale di superficie sub specie di proprietà superficaria (art.952 cod. civ.).

Come anticipato, le Sezioni Unite hanno condiviso l'orientamento minoritario ed hanno bocciato quello prevalente più recente per le seguenti ragioni:

1) è infondato l'assunto per il quale l'accessione opera soltanto se il costruttore è «terzo» rispetto al proprietario del suolo. Le Sezioni Unite hanno osservato che il «terzo» può edificare sul suolo altrui soltanto in base ad un diritto reale o personale che gli attribuisca tale potere. In questo caso l'accessione non ricopre alcun ruolo. Il comproprietario costruttore non può dirsi «terzo» rispetto al suolo e, quindi, non opera l'art.936 cod. civ. per le «opere fatte da un terzo» (cfr. Cass. 29 marzo 2001, n. 4623, in *Riv. not.*, 2001, 1423, con nota di Musolino; Cass. 14 gennaio 1999, n. 12703, in *Giust. civ. Mass.* 1999, 2266; Cass.14 dicembre 1994, n. 10699, *ivi*, Mass. 1994, fasc.12; Cass. 27 agosto 1986, n. 5242, *ivi*, Mass. 1986, fasc.8 — 9). Che l'accessione non presupponga l'alterità soggettiva tra proprietario del suolo e costruttore è confermato dalla giurisprudenza di legittimità in tema di comunione legale tra coniugi: la costruzione realizzata da uno dei coniugi su suolo di proprietà del medesimo non entra a far parte della comunione (cfr. Cass. S.U. 27 gennaio 1996, n. 651, in *Riv. not.*, 1996, 545, e in *Fam. e dir.*, 1996, 220, con nota di Ceccherini; Cass. 30 settembre 2010, n. 20508, in *Foro it.*, 2011, 5, 1468, con nota di Iannone);

2) l'accessione può operare in caso di costruzione realizzata da uno o da alcuni soltanto dei comproprietari del suolo, perché:

a) l'art. 934 cod. civ. non contiene alcun riferimento soggettivo al costruttore e, anzi, l'accessione non è esclusa neppure nel caso di costruzioni realizzate dallo stesso proprietario del suolo;

b) 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 cod. civ.: ciò consente di escludere che l'art. 934 cod. civ. possa riferirsi alle medesime opere eseguite dal terzo;

c) l'accessione opera anche nel caso di opere edificate dal proprietario del suolo con materiali altrui (v. art. 935 cod. civ.), implicando ciò che l'applicabilità dell'art. 934 cod. civ. non è subordinata alla qualità di terzo del costruttore.

Le Sezioni Unite hanno quindi affermato che trova applicazione la regola generale dell'art. 934 cod. civ., 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. Tra queste fattispecie rientra il caso in cui il suolo appartenga in comunione a più soggetti ed uno (o alcuni) soltanto di essi vi abbia realizzato una costruzione.

Nella ricostruzione dei rapporti tra accessione e comunione la Corte di Cassazione ha sottolineato che quest'ultima non rappresenta una deroga all'istituto dell'accessione, perché non c'è un rapporto da genere a specie tra l'una e l'altra. Non c'è una norma sulla comunione che sia capace di incidere sui modi di acquisto della proprietà o di mutare l'assetto della proprietà comune, tale da poter configurare una disciplina speciale rispetto al principio dell'accessione.

La *ratio* che accomuna gli artt. 1102, 1108 e 1120 cod. civ. è la medesima ossia quella di escludere 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 appropriarsene escludendo gli altri dal suo godimento. La costruzione realizzata da un comproprietario senza il consenso degli altri è da considerarsi «illegittima» (cfr. Cass. 24 gennaio 2011, n. 1556, in *Giust.civ. Mass.* 2011, 1, 104; Cass. 21 maggio 2001, n. 6921, *ivi*, Mass. 2001, 1021).

Inoltre, è da respingere — secondo le Sezioni Unite — anche la conclusione che la costruzione diventa di proprietà comune se edificata da uno dei comunisti del suolo in conformità alla regole sulla comunione, mentre appartiene al medesimo costruttore se eseguita in violazione di detta disciplina. In effetti, la giurisprudenza che ha condiviso l'orientamento più recente — quello sopra riportato *sub B*) — ha creato di fatto una nuova figura di «acquisto a titolo originario» della proprietà che non ha basi legali e che non può essere condivisa. Tanto la Costituzione (art. 42, comma 2) quanto il codice civile (art. 922) hanno stabilito una riserva di legge sui modi di acquisto della proprietà, per cui ogni modo di acquisto che non trovi riscontro in una previsione di legge non può essere accettato.

Se è vero che l'accessione opera automaticamente per il solo fatto dell'incorporazione, è altrettanto vero che essa può essere impedita attraverso un contratto scritto ex art. 1350 cod. civ. che costituisca un diritto di superficie o mediante la concessione *ad aedificandum* con cui il proprietario del suolo rinuncia a fare propria la costruzione che sorgerà su di esso. In mancanza di valido contrario titolo, la costruzione edificata su suolo comune diventa *ipso iure*, per il fatto dell'incorporazione, di proprietà comune di tutti i comproprietari del suolo.

Chiariti i rapporti tra accessione e comunione, le Sezioni Unite hanno stabilito il regime giuridico che disciplina i rapporti tra comproprietario costruttore e gli altri comproprietari, considerato che nulla dispone in merito l'art. 934 cod. civ. e che non può applicarsi l'art. 936 cod. civ. che si riferisce ad opere fatte da un «terzo», non potendo il comproprietario essere considerato tale.

Le norme devono essere individuate nella disciplina della comunione e, in particolare, nell'art. 1108 (per la comunione ordinaria) e negli artt. 1120 e 1121 cod. civ. (per il condominio negli edifici) i quali prevedono deliberazioni a maggioranza per le innovazioni.

Il limite generale è quello di non pregiudicare il godimento della cosa comune da parte di alcuno dei partecipanti. Pertanto, ove tale limite sia violato il comproprietario non costruttore può esercitare le azioni possessorie e l'azione di rivendicazione (cfr. Cass. 17 ottobre 2006 n. 22227, in *Giust.civ. Mass.* 2006, 10; Cass. 28 agosto 1990, n. 8884, *ivi*, *Mass.* 1990, fasc. 8).

È possibile anche esercitare lo *ius tollendi* da parte del singolo comproprietario leso ricorrendo alla tutela in forma specifica ex art.2933 cod. civ.; mentre la maggioranza dei comproprietari, al di fuori del caso precedente, può deliberare ai sensi dell'art.1108 cod. civ. la demolizione dell'opera.

L'esercizio dello *ius tollendi* viene collegato dalle Sezioni Unite ai principi di affidamento, di tolleranza e di buona fede, applicabili in quanto principi generali, anche se ricavati dall'art.936 cod. civ. che, come detto, ha ad oggetto una diversa ipotesi applicativa. In tale norma si richiama la conoscenza, da parte del proprietario del suolo, dell'opera e la sua non opposizione, nonché la buona fede del terzo nel realizzare le opere.

Ne consegue che occorre valutare se il comproprietario costruttore: a) abbia agito contro il divieto esplicito del comproprietario o a sua insaputa, oppure b) abbia agito, quanto meno, con scienza e senza opposizioni dell'altro.

Lo *ius tollendi* sarebbe esercitabile soltanto nel primo caso in presenza di violazione delle norme sul condominio, ma non nel secondo in virtù dei principi sopra richiamati, nonché del divieto di venire *contra factum proprium*; lo stesso vale nel caso di mera tolleranza protrattasi per un congruo periodo di tempo dal giorno in cui il comproprietario non costruttore ha avuto conoscenza dei lavori: ciò determina l'affidamento nel costruttore ed impedisce l'esercizio dello *ius tollendi*.

Tanto nel caso in cui lo *ius tollendi* non venga esercitato quanto in quello in cui non possa essere esercitato sorge in capo al comproprietario costruttore un diritto di credito verso gli altri comunisti che sono divenuti, per accessione, proprietari dell'opera. Pertanto, il costruttore avrà diritto al rimborso delle spese sopportate per l'edificazione dell'opera, secondo le norme che regolano la comunione e gli altri istituti applicabili volta per volta.

In dottrina, sull'accessione cfr. Pugliese, *Usufrutto, uso, abitazione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, 1972, 734; Salaris, voce *Accessione*, in *Enc. giur.*, I, Milano, 1988; Alpa, voce *Accessione*, in *Dig. civ.*, I, Torino, 1987, 28; Gambaro, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, VIII, 2, Milano, 1995, 757 ss.; Messinetti, *I fenomeni acquisitivi da eventi materiali*, Padova, 2004; Paradiso, *L'accessione al suolo - Artt. 934-938*, in *Il Cod. civ. comm.*, a cura di Schlesinger, Milano, 1994; Triola, sub Art. 934 c.c., in *Comm. del cod. civ.*, Artt. 869-1099, diretto da E. Gabrielli, a cura di Jannarelli e Macario, Torino, 2012, 371 ss.; Servello, sub Art.934 c.c., in *La giurisprud. sul cod. civ. coordinata con la dottrina*, a cura di Bile, Pajno, Servello, coordinato da Ruperto, III, Milano, 2011, 703 ss.; La Rosa-Tommasini, *I modi di acquisto della proprietà*, Artt. 922-947, in *Comm. al cod. civ.*, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2017; Casu, Ruotolo, *Acquisto per accessione e condono edilizio*, Studio n. 998 del C.N.N., approvato dalla Commissione Studi del Consiglio Nazionale del Notariato il 16 dicembre 1997.

Vedi:

In senso conforme:Cass. Civ., sez. 02, del 11/11/1997, n. 11120

In senso conforme: n. 6034 del 1980

In senso difforme:Cass. Civ., sez. 02, del 22/03/2001, n. 4120

In senso difforme:Cass. Civ., sez. 02, del 27/03/2007, n. 7523

Fonti Normative:

Codice Civile, Art. 1121

Codice Civile, Art. 1120

Codice Civile, Art. 934

Codice Civile, Art. 922

Codice Civile, Art. 1350

Codice Civile, Art. 1102

Codice Civile, Art. 1108

Note a sentenza:

Le Sezioni Unite e il diritto di accessione: da adesso si fa così (Morello Enrico)

L'istituto dell'accessione si applica anche nel caso di opera posta in essere da uno dei comproprietari (Morello Enrico)

NOTE E DOTTRINA

La compagnia telefonica può disporre del lastrico di un edificio condominiale per posarvi le antenne stipulando un accordo con effetti reali o obbligatori

Fonte: condominioelocazione.it, fasc., 26 OTTOBRE 2020, pag.

Nota a: Cassazione civile , 30 aprile 2020, n.8434, sez. un.

Autori: Maurizio Tarantino

Il caso

Il Condominio e i condomini Tizio, Caio e Mevia convennero davanti al Tribunale la società (Beta), partecipante al Condominio, e la società di telecomunicazioni (Alfa), **domandando la rimozione dal tetto del fabbricato condominiale dell'impianto di antenne per la telefonia mobile di proprietà della Alfa**. Tale impianto era collegato, tramite cavi attraversanti le parti comuni dell'edificio, ad una cantina di proprietà della Beta, ove erano stati installati altri impianti posti al servizio delle antenne. A tal proposito, la convenuta Beta evidenziava di aver concesso l'uso di una sola porzione del tetto per l'installazione dell'impianto alla società Gamma - alla quale era poi subentrata la Alfa - con contratto di locazione; secondo la Beta, **detto contratto doveva ritenersi opponibile, per il principio *emptio non tollit locatum* fissato nell'art.1599 c.c. a tutti gli acquirenti delle singole unità immobiliari del fabbricato**, i quali erano subentrati nel Condominio in data successiva a quella di registrazione del contratto di locazione. La Beta, inoltre, sosteneva che la locazione era comunque nota ai condomini perché questi avevano dichiarato nel regolamento di Condominio, di natura contrattuale, di conoscere l'esistenza della servitù derivante dall'installazione dell'impianto di telefonia sul tetto condominiale.

In primo grado, il Tribunale respinse la domanda. In secondo grado, invece, la Corte d'Appello accoglieva il gravame del Condominio. In particolare, secondo la Corte territoriale, **il suddetto contratto di locazione non poteva ritenersi un atto di gestione della cosa comune, bensì un atto di appropriazione del bene comune che superava i limiti dell'uso lecito**: per un verso, dunque, il lastrico condominiale risultava asservito non all'uso esclusivo di una unità dello stesso stabile di proprietà esclusiva di un condomino, ma all'esercizio di un impianto estraneo al Condominio; per altro verso, invece, la collocazione fissa di un traliccio costituiva un uso invasivo incompatibile con le simultanea

utilizzazione del bene comune da parte degli altri condomini. Infine, la clausola del regolamento condominiale dichiarativa dell'esistenza di una servitù sul tetto del caseggiato non poteva essere riferita all'impianto in contestazione; difatti, essa non formava oggetto di una servitù ma di un diritto personale di godimento. Per i motivi esposti, la società Alfa propose ricorso in Cassazione eccependo, tra i vari motivi, la falsa applicazione degli artt. 1372 e 1599 c.c.

Nel giudizio di legittimità, la II Sezione civile **rimetteva la causa al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite sulla questione di massima di particolare importanza**: «se è necessario il consenso di tutti i partecipanti, ai sensi dell'art. 1108, comma 3, c.c., per l'approvazione del contratto col quale un Condominio conceda in godimento ad un terzo, dietro il pagamento di un corrispettivo, il lastrico solare, o altra idonea superficie comune, allo scopo precipuo di consentirgli l'installazione di infrastrutture ed impianti (nella specie, necessari per l'esercizio del servizio di telefonia mobile), che comportino la trasformazione dell'area, riservando comunque al detentore del lastrico di acquisire e mantenere la proprietà dei manufatti nel corso del rapporto come alla fine dello stesso».

La questione

Le questioni in esame sono le seguenti: un contratto con cui il proprietario di un lastrico solare attribuisca all'altro contraente, a titolo oneroso, il diritto di installarvi e mantenervi per un certo tempo un ripetitore e di asportarlo al termine del rapporto debba qualificarsi come contratto ad effetti reali o come contratto ad effetti obbligatori? Per la costituzione di un diritto reale di superficie sul lastrico condominiale è necessario il consenso di tutti i condomini?

Le soluzioni giuridiche

Il tema posto dalla Sezione remittente si colloca nella possibilità astratta di qualificare il contratto di concessione di un lastrico solare per l'installazione di un ripetitore di segnale come contratto costitutivo di un diritto reale di superficie o come contratto ad effetti obbligatori.

A tal proposito, ritengono le Sezioni Unite che debba riconoscersi al proprietario di un lastrico solare la possibilità di attribuire ad altri, mediante un contratto ad effetti obbligatori, il diritto personale di installarvi un ripetitore, o altro impianto tecnologico, **con facoltà per il beneficiario di mantenere la disponibilità ed il godimento dell'impianto e di asportare il medesimo alla fine del rapporto**. Non vi è infatti ragione per negare alle parti la possibilità di scegliere, nell'esercizio dell'autonomia privata riconosciuta dall'art.1322 c.c., se perseguire risultati socio-economici analoghi, anche se non identici, mediante contratti

ad effetti reali o mediante contratti ad effetti obbligatori. Pertanto, il programma negoziale con cui il proprietario di un lastrico solare intenda cedere ad altri, a titolo oneroso, la facoltà di installarvi e mantenervi per un certo tempo un ripetitore, o altro impianto tecnologico, con il diritto per il cessionario di mantenere la disponibilità ed il godimento dell'impianto, ed asportare il medesimo alla fine del rapporto, **può astrattamente essere perseguito sia attraverso un contratto ad effetti reali, sia attraverso un contratto ad effetti personali.** La riconduzione del contratto concretamente dedotto in giudizio all'una o all'altra delle suddette categorie rappresenta una questione di interpretazione contrattuale che rientra nei poteri del giudice di merito.

Di conseguenza, lo schema negoziale, a cui riferire il contratto, potrà essere con:

a) **Effetti reali.** In tal caso avremo un contratto costitutivo di un diritto di superficie il quale attribuisce all'acquirente la proprietà superficaria dell'impianto installato sul lastrico solare, Questo può essere costituito per un tempo determinato e può prevedere una deroga convenzionale alla regola che all'estinzione del diritto per scadenza del termine il proprietario del suolo diventa proprietario della costruzione. Il contratto con cui un Condominio costituisca in favore di altri un diritto di superficie, anche temporaneo, sul lastrico solare del fabbricato condominiale, finalizzato alla installazione di un ripetitore, o altro impianto tecnologico, **richiede l'approvazione di tutti i condomini;**

b) **Effetti obbligatori.** Si tratta di un contratto atipico di concessione *ad aedificandum* di natura personale, con rinuncia del concedente agli effetti dell'accessione. Con tale contratto il proprietario di un'area concede ad altri il diritto personale di edificare sulla stessa, di godere e disporre dell'opera edificata per l'intera durata del rapporto e di asportare tale opera al termine del rapporto. Detto contratto costituisce, al pari del diritto reale di superficie, titolo idoneo ad impedire l'accessione ai sensi dell'art.934, comma 1, c.c. Esso è soggetto alla disciplina dettata, oltre che dai patti negoziali, dalle norme generali contenute nel titolo II del libro IV del codice civile (art.1323 c.c.), nonché, per quanto non previsto dal titolo, dalle norme sulla locazione, tra cui quelle dettate dall'art.1599 c.c. e art.2643, n. 8),c.c. Il contratto atipico di concessione *ad aedificandum* di natura personale stipulato da un Condominio per consentire ad altri la installazione di un ripetitore, o altro impianto tecnologico, sul lastrico solare del fabbricato condominiale **richiede l'approvazione di tutti i condomini solo se la relativa durata sia convenuta per più di nove anni.**

Premesso quanto innanzi esposto, dopo aver risolto la questione di massima importanza, i giudici delle Sezioni unite si sono soffermati, in particolare, nel motivo di ricorso afferente la questione del contratto di locazione. Invero, il contratto in esame era stato qualificato come contratto di locazione e su tale qualificazione negoziale operata dalla Corte territoriale non vi era stata censura da parte dei ricorrenti. Ciò posto, il Collegio rilevava che - a

prescindere dalla distinzione tra contratto atipico di concessione *adaedificandum* di natura personale e contratto di locazione, nella specie trovava applicazione il disposto dell'art.1599 c.c. Dunque, l'impugnata sentenza risultava errata là dove aveva accolto la domanda dei condomini Tizio, Caio e Mevia senza **verificare se ai medesimi fosse opponibile, ed in quali limiti, il contratto con cui la Beta aveva concesso alla Alfa il diritto di installare un ripetitore su una porzione del lastrico solare del fabbricato.** Ai fini di tale verifica era necessario accertare se i condomini avessero acquistato dalla Beta la loro unità immobiliare, se tale acquisto fosse successivo alla stipula del contratto e se essi si fossero impegnati nei confronti dell'alienante a rispettare il medesimo (per gli effetti di cui dell'art.1599, comma 4, c.c.).

In conclusione, le Sezioni Unite della Cassazione hanno accolto il ricorso della Società Beta limitatamente al terzo motivo in relazione alla denuncia di violazione dell'art.1599 c.c.; di conseguenza, la pronuncia è stata cassata con rinvio.

Osservazioni

La pronuncia in oggetto è interessante in quanto si presta ad alcune precisazioni in merito alla disciplina delle innovazioni. In particolare, **ai fini della soluzione della questione della necessità del consenso unanime dei condomini per l'approvazione della cessione temporanea a terzi di un lastrico condominiale, finalizzata all'installazione di un ripetitore di segnale, non viene in rilievo la disciplina dettata dall'art.1120 c.c., per le innovazioni.**

Difatti, secondo i giudici di legittimità, in tema, non può trovare seguito l'opinione, avanzata in dottrina, secondo cui la collocazione di un ripetitore sul tetto di un fabbricato esulerebbe, di per se stessa, dal concetto di innovazione o di modificazione in senso proprio. Tale opinione si fonda sul rilievo che il ripetitore non inciderebbe sulla consistenza materiale del tetto e non sarebbe funzionale alla utilità del medesimo o all'uso che esso consente ai condomini, cosicché lo stesso non risulterebbe diretto "al miglioramento o all'uso più comodo o al maggior rendimento" (art. 1120, comma 1, c.c.) del tetto, del quale lascerebbe inalterata la consistenza e la conformazione ed al quale verrebbe ad aggiungersi.

Al riguardo, per contro, le Sezioni Unite, conformemente all'orientamento giurisprudenziale in materia, hanno osservato che **costituisce innovazione ex art.1120 c.c., la modificazione della cosa comune che alteri l'entità materiale del bene operandone la trasformazione, ovvero determini la trasformazione della sua destinazione, nel senso che detto bene presenti, a seguito delle opere eseguite, una diversa consistenza materiale ovvero sia utilizzato per fini diversi da quelli precedenti l'esecuzione della opere** (Cass. civ., sez. II, 11 gennaio 1997,n. 240; Cass. civ., sez. II, 5 novembre 2002,n. 15460; Cass. civ., sez. II, 19 ottobre 2012,n. 18052; Cass. civ., sez. II, 4 settembre 2017,n. 20712).

Sulla scorta di tali principi di diritto, in questa sede è sufficiente sottolineare che un lastrico solare sul quale venga realizzato un manufatto mantiene, ciò non di meno, la propria funzione di copertura del fabbricato e di protezione del medesimo dalle intemperie, ma tuttavia perde, per la parte della sua estensione su cui il manufatto insiste, la sua destinazione al calpestio. Pertanto, la ragione per cui la cessione temporanea a terzi di un lastrico condominiale, finalizzata all'installazione sul medesimo di un ripetitore di segnale, non è riconducibile alla disciplina delle innovazioni dettata dall'art.1120 c.c., **non va, dunque, rinvenuta nelle caratteristiche oggettive dell'opera, bensì nella considerazione che l'*immutatio foci* derivante dall'ancoraggio dell'impianto al lastrico solare viene realizzata non su disposizione, a spese e nell'interesse del Condominio, bensì su disposizione, a spese e nell'interesse del terzo cessionario del godimento del lastrico.** Non si tratta, in altri termini, dell'installazione, ad opera del Condominio, di un impianto tecnologico destinato all'uso comune, del quale il medesimo Condominio abbia deciso di dotarsi (e le cui spese, per il principio maggioritario, gravano anche sui dissenzienti, salva la specifica disciplina dettata dall'art.1121 c.c.), ma dell'installazione, ad opera ed a spese di un terzo, di un impianto tecnologico destinato all'utilizzo esclusivo di tale terzo. **La vicenda va quindi guardata non nella prospettiva dell'approvazione di una innovazione ai sensi dell'art.1120 c.c.,** bensì nella prospettiva dell'approvazione di un atto di amministrazione (il contratto con il terzo) ai sensi dell'art.1108, comma 3, c.c. Si tratta, in sostanza, di verificare se l'atto di amministrazione costituito da un contratto di cessione totale o parziale del lastrico condominiale ad una impresa di telefonia ai fini della installazione di un ripetitore - per un tempo determinato e con la conservazione in capo al concessionario dell'esclusiva disponibilità dell'impianto (col conseguente *jus tollendi*) - rientri tra quelli che dell'art. 1108, comma 3, c.c. sottrae al potere dell'assemblea e, quindi, alla regola maggioritaria.

Esclusa, quindi, la rilevanza del disposto dell'art.1120 c.c., la prima considerazione da svolgere in relazione alla questione di massima sollevata dalla II Sezione civile è che, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, quando non risulti possibile l'uso diretto della cosa comune per tutti i partecipanti al Condominio, in proporzione delle rispettive quote millesimali (promiscuamente o con turnazioni temporali o con frazionamento degli spazi), la compagine condominiale può deliberare l'uso indiretto della cosa comune e tale deliberazione, **quando si tratti di atto di ordinaria amministrazione (come nel caso della locazione di durata non superiore a nove anni), può essere adottata a maggioranza** (Cass. civ., sez. II, 9 ottobre 1994, n. 8528; Cass. civ., sez. II, 21 ottobre 1998, n. 10446; Cass. civ., sez. II, 22 marzo 2001, n. 4131; Cass. civ., sez. II, 27 ottobre 2011, n. 22435).

In conclusione, ai fini dell'approvazione di un contratto avente ad oggetto la concessione temporanea, a titolo oneroso, della facoltà di installare un ripetitore di segnale sul lastrico condominiale, ai sensi dell'art.1108, comma 3, c.c., non è necessario il consenso di tutti i

condomini nel caso in cui tale concessione trovi titolo in un contratto che non abbia ad oggetto il trasferimento o la costituzione di diritti reali e non attribuisca un diritto personale di godimento di durata superiore a nove anni; diversamente, sarà necessaria l'approvazione di tutti i condomini se, secondo l'interpretazione del giudice di merito, **esso abbia attribuito al concessionario un diritto temporaneo di superficie o una concessione *ad aedificandum* di natura obbligatoria di durata superiore a nove anni.**

Guida all'approfondimento

Tarantino, *Antenne telefoniche in condominio: contratto di locazione o concessione di un diritto di superficie?*, in *Condominioelocazione.it*, 18 giugno 2019;

Celeste, *Antenne e fotovoltaici singoli*, in *Condominioelocazione.it*, 20 settembre 2017;

Avigliano, *Locazione del tetto per installazione di antenne*, in *Guida al diritto*, 27 aprile 2017, fasc. 4, 36.