

Dipartimento  
Di Giurisprudenza

Cattedra: Diritto Privato

IL PRINCIPIO DELL'ACCESSIONE E LA COSTRUZIONE  
ESEGUITA DA UNO DEI COMPROPRIETARI SU SUOLO COMUNE.

Prof. Michele Tamponi

---

RELATORE

Prof. Attilio Zimatore

---

CORRELATORE

Matr. 130773

---

CANDIDATO

## INDICE

*Premessa*.....pag. 4

### CAPITOLO I: L'evoluzione storica dell'istituto dell'accessione e sue caratteristiche fondamentali

*1.1. Cenni storici: dal diritto romano alla sistemazione operata nel codice civile del 1942*.....pag. 6

*1.2. Caratteristiche essenziali dell'istituto: l'incorporazione*.....pag. 9

*1.2.1. Irrilevanza della volontà*.....pag. 11

*1.2.2. Rovesciamento della tradizionale impostazione romanistica dell'istituto*.....pag. 12

*1.2.3. Nozione di costruzione, piantagione e opera. Le addizioni migliorative*.....pag. 13

### CAPITOLO II: Costruzione eseguita da uno dei comproprietari su suolo comune. Analisi del rapporto intercorrente tra gli istituti dell'accessione e della comunione ordinaria alla luce della sentenza 16/02/2018 n.3873 delle SS.UU. della Corte di Cassazione.

*2.1. Il caso*.....pag. 16

*2.2. Orientamenti giurisprudenziali sul tema*.....pag. 17

*2.3. Rilievi critici. La terzietà del costruttore*.....pag. 21

*2.4. La natura del rapporto fra l'istituto dell'accessione e la comunione ordinaria*.....pag. 24

*2.5. Critica alla tesi per cui il mancato rispetto delle regole sulla comunione darebbe luogo ad un acquisto a titolo originario della proprietà*.....pag. 26

*2.5.1. Creazione pretoria di modi di acquisto della proprietà. "Occupazione appropriativa". Nascita e consolidamento dell'istituto*.....pag. 28

*2.5.2. Critica e recenti sviluppi giurisprudenziali*.....pag. 35

2.5.3. <i>L'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'orientamento consolidatosi nella giurisprudenza di legittimità...</i>	pag. 39
2.5.4. <i>Riflessioni conclusive. La necessaria tipicità dei diritti reali.....</i>	pag. 44
2.6. <i>Requisiti del titolo negoziale idoneo ad impedire l'accessione.....</i>	pag. 45
2.6.1. <i>La controversa ammissibilità di una disciplina generale della rinuncia. La rinuncia al diritto di proprietà.....</i>	pag. 46
2.6.2. <i>Note critiche sull'istituto della rinuncia come strumento impeditivo all'operare dell'accessione.....</i>	pag. 56
2.7. <i>Regime giuridico applicabile ai rapporti fra comproprietario costruttore e gli altri comunisti.....</i>	pag. 58

CAPITOLO III: Analisi dei rapporti fra l'istituto dell'accessione e la costruzione eseguita da uno solo dei coniugi sul terreno comune in regime di comunione legale.

3.1. <i>Comunione ordinaria e comunione legale: differenze.....</i>	pag. 62
3.1.1. <i>. La natura giuridica della comunione legale.....</i>	pag. 71
3.2. <i>Il dibattito sugli acquisti a titolo originario. Introduzione. ....</i>	pag. 75
3.2.1. <i>Dibattito sugli acquisti a titolo originario: l'accessione.....</i>	pag. 76
3.3. <i>Riflessioni conclusive.....</i>	pag. 86

*Conclusioni.....* pag. 88

*Bibliografia.....* pag. 90

## *Premessa*

Fra i modi di acquisto della proprietà a titolo originario, l'istituto dell'accessione è sicuramente quello che ha suscitato i maggiori dibattiti sia in dottrina che in giurisprudenza.

Indubbia è l'importanza che un tale meccanismo acquisitivo, basato sull'incorporazione materiale o organica di una "piantagione, costruzione od opera" al suolo, spiega nel nostro ordinamento in funzione della certezza dei rapporti giuridici e del traffico dei beni. Prima ancora di risolvere eventuali conflitti fra il proprietario del suolo e il terzo autore dell'opera e/o proprietario dei materiali, la relativa disciplina mira fare chiarezza circa la situazione proprietaria del bene realizzato.

Sullo sfondo dell'intera trattazione si pone il fondamentale principio di tipicità dei diritti reali quale presidio della certezza dei rapporti e dei traffici giuridici, nonostante le continue sollecitazioni che il rigido schema di stampo romanistico dei diritti reali subisce a causa delle sempre mutevoli esigenze socio-economiche che portano alla prospettazione di nuove figure di diritti reali. Ad ogni modo non può essere messa in dubbio la sua esistenza solo perché non risulta espressamente menzionato negli attuali codici civili; di fatti se ne trova traccia solo nel codice civile argentino del 1869, il quale afferma con chiarezza all'articolo 2502 che i diritti reali debbano trovare fonte esclusivamente nella legge. Il *numerus clausus* dei diritti reali è fortemente radicato nel nostro ordinamento; di esso si parla sin dal diritto romano e conobbe una crisi solo nel periodo feudale e post-feudale, durante il quale si assistette al moltiplicarsi dei diritti e dei vincoli sui beni. Solo nel '700, con l'avvento del liberismo economico, il quale intendeva favorire la commercializzazione dei beni e la loro utilizzazione, propugnando un'immagine della proprietà finalmente individuale e libera da qualsiasi peso, l'impostazione feudale viene superato. Il concetto liberistico permea l'epoca delle grandi codificazioni ottocentesche, a partire dal Code Napoléon, il cui articolo 543 statuiva che sul bene potesse aversi o un diritto di proprietà o un diritto di godimento, quali l'usufrutto, l'uso e l'abitazione, oppure le servitù fondiari. In questo modo veniva recuperato il principio del *numerus clausus* dei diritti reali, poiché al di fuori degli schemi appena evidenziati non vi era spazio per altro.

D'altronde non vi è traccia nella disciplina dei diritti reali di un disposizione che preveda l'autonomia privata, essendo prevista esclusivamente nell'ambito dei contratti all'articolo 1322 cod. civ. . I diritti reali di fatti assumono un peso maggiore

rispetto ai diritti personali, dal momento che questi comportano solo un vincolo con una determinata persona, mentre il diritto reale rappresenta un vincolo obiettivo su un bene con efficacia erga omnes.

La conseguenza dell'affermazione di un tale principio è da rinvenire nel concetto di proprietà che si è venuto ad elaborare a partire dal diritto romano per poi arrivare alla riesaltazione della stessa nel '700 quale diritto naturale, inviolabile e sacro, ponendosi ad un livello addirittura superiore al *dominium ex iure quiritium*. Ne discendeva, dunque, l'esigenza di mantenere la proprietà il più possibile libera, vista la sua importanza. Nella seconda metà dell'800, poi, tale esaltazione subisce un ridimensionamento e si perviene ad una più razionale elaborazione dei motivi alla base della tipicità dei diritti reali. Le profonde esigenze di ordine pubblico, di adeguata regolazione del traffico dei beni, di interesse generale, sottese alla creazione di diritti che normalmente durano per un considerevole lasso di tempo, che si stabilizzano sui beni e che possono essere opposti ai terzi, non possono essere affidate all'autonomia delle parti. Ovviamente ciò non esclude che nell'interpretare la legge, l'interprete possa individuare nuovi tipi di diritti reali: basti pensare al dibattito sull'ipoteca, sulla multiproprietà o sull'anticresi. Tali istituti, tuttavia, trovano ora una espressa regolamentazione ad opera della legge, indipendentemente dalla loro discussa configurazione giuridica. Non sarebbe possibile, dunque, desumere da ciò, ossia dalle difficoltà ricostruttive di tali diritti reali, l'instabilità del numero chiuso dei diritti reali, il quale non si pone in contrasto con la realtà. Né si può sostenere che, sulla base dell'articolo 42 della Costituzione, come i privati godono della facoltà di disporre del proprio diritto di proprietà, così potrebbero stabilire sui propri beni pesi o oneri di natura reale; è lo stesso articolo a smentire ciò in quanto al secondo comma afferma che "la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurare la funzione sociale e renderla accessibile a tutti".

Ecco, dunque, l'importanza che non solo i diritti reali ma anche i modi di acquisto della proprietà, fra i quali rientra l'accessione, siano tipici, perché gli interessi sottesi non sono puramente individuali ma generali.

Tale tipicità va tenuta presente anche quando si tratta di decidere le sorti di una costruzione realizzata sul terreno comune ad opera di uno o di alcuni dei comproprietari, per evitare che la sua inosservanza porti a privilegiare soluzioni che tutelano senza alcuna logica giuridica chi commette un abuso a discapito di chi, invece, fonda il suo diritto sulle previsioni normative.

## CAPITOLO I

### L'EVOLUZIONE STORICA DELL'ISTITUTO DELL'ACCESSIONE

#### *1.1 Cenni storici: dal diritto romano alla sistemazione operata nel codice del 1942.*

Molteplici sono state le elaborazioni e le trasformazioni che hanno interessato il fenomeno giuridico che va sotto il nome di accessione. Esso affonda le sue radici nel diritto romano. Non ve ne sono tracce in periodi anteriori, posto che il diritto greco-ellenistico ammetteva la divisione della proprietà per piani orizzontali, con la possibilità quindi di costituire in capo a soggetti diversi proprietà separate di un piano rispetto a un altro. In epoca romana, tuttavia, siamo ancora lontani da una concezione unitaria e organica dell'accessione, essendovi ricondotte svariate ipotesi. Lo stesso termine *accessio* non compare se non raramente e mai nel suo significato attuale nelle opere di quel periodo. Il giurista Gaio, che diede il più importante contributo, utilizzava il verbo *cedere* per riferirsi all'assorbimento, all'incorporazione di una cosa in un'altra. Le prime tracce dell'operare dell'istituto, *sub specie inaedificationis*, si rinvennero nelle XII Tavole, dove viene fatto divieto al proprietario di una trave incorporata nella costruzione altrui o di paletti conficcati nella vigna di un terzo di rimuoverli. Egli avrebbe potuto rivendicare questi beni una volta che essi si fossero separati dalla cosa principale riacquistando la propria autonomia. Trattasi di una forma potrebbe dirsi quasi "primitiva" di accessione, sol che si pensi al fatto che il soggetto che subiva l'accessione conservava comunque la proprietà di quei beni, contrariamente a quanto accade attualmente. Il proprietario della costruzione, per converso, estendeva il suo *dominium* su tutto ciò che vi si univa stabilmente, materialmente o naturalmente, salvo l'obbligo di corrispondere il doppio del valore del bene incorporato.

Riassumono efficacemente l'impronta data all'istituto le parole del giureconsulto Paolo riportate nel Digesto: "Mea res per praevalentiam alienam rem trahit meamque efficit". L'accessione risultava quale incremento, sviluppo della res principale, lungi ancora dall'essere un modo di acquisto della proprietà. Non si aveva una nuova proprietà ma sempre la stessa, sebbene ampliata. Alla base di questo fortunato principio vi è un ragionamento eminentemente logico: dal momento che con l'assorbimento del bene accessorio in quello principale viene a formarsi un'entità unica, ne discende automaticamente che la *res* accessorio si annulla e perde i propri tratti caratteristici, acquisendo quelli della *res* acceduta. Ed è per questo che il bene accessorio acquista la medesima condizione giuridica del bene principale, in base a quanto espresso dal brocardo latino: "accessorium sequitur principale". Conseguentemente cadono le pretese proprietarie del titolare della cosa accessorio venendone meno l'oggetto. Sullo

sfondo vi è la “*vis attractiva*” della antica proprietà quiritaria, in virtù della quale la proprietà del bene “prevalente” si espandeva inglobando al suo interno la proprietà del bene accessorio che si fosse incorporato al primo artificialmente o naturalmente, sulla base di un meccanismo oggettivo, senza

che rilevi in alcun modo la volontà. Perdura, dunque, anche nell’epoca classica una concezione della proprietà basata sull’idea di “appartenenza”, per cui si veniva a creare un legame così forte tra la cosa e il proprietario di questa tale da poter identificare la res con la proprietà della res stessa.

A riprova del carattere assorbente e potestativo della proprietà romana vi era l’utilizzo, a partire dal sottoperiodo classico, del termine *dominium*, definito per l’appunto *ex iure Quiritium*, per designare tale istituto. Esso si estendeva “*usque ad sidera usque ad inferos*”. La *proprietas* invece aveva un’accezione negativa, quasi in contrasto con l’idea di *dominium*, indicando la compressione della proprietà per opera dell’altrui diritto, a seconda che fosse accompagnata o meno dall’aggettivo “*nuda*”.

Una mancanza evidente nel diritto romano antico riguardava la previsione di una tutela risarcitoria per il proprietario che subiva l’accessione. Un contributo fondamentale in tal senso venne offerto dal diritto giustiniano. Brevemente si distinguevano il caso del proprietario che avesse perso in buona fede la proprietà del bene per opera della congiunzione fatta da altri, dal caso in cui avesse operato egli stesso la congiunzione perdendo la proprietà del bene. Nel primo caso egli poteva esperire la così detta *actio in factum*, ovvero l’azione di arricchimento, ove non potesse più recuperare il bene. Nel secondo caso trovavano applicazione i rimedi della ritenzione e dell’*exceptio doli*.

Ancora merita di essere menzionata, per l’importante contributo giunto fino ad oggi soprattutto con riguardo all’accessione di beni mobili a mobili, la questione che, in epoca classica, alimentò accese dispute tra la scuola di diritto dei Sabiniani e quella dei Proculiani. Essa ruotava attorno al contenuto del concetto di *praevalentia*, di cui parlava Paolo, idoneo a classificare una res come principale rispetto ad un’altra ad essa accessoria. I primi riducevano il tutto a una prevalenza di carattere meramente quantitativo. Era considerata principale la cosa con una mole superiore. Alfine ebbe successo, anche in epoca giustiniana, la tesi dei Proculiani, i quali ponevano l’accento sulla *qualitas*; cosa principale era quella che manteneva intatta la propria identità e che imprimeva la propria funzione economico-sociale al tutto; per converso accessoria era quella che concorrevva unicamente al raggiungimento dello scopo della cosa principale. Ne discendeva che in caso di perfetta omogeneità fra le res, tale per cui non potesse operarsi una distinzione fra le due, non si verificava l’espansione della proprietà. Per tale motivo che gli istituti della confusione e della *commistione* non ricadevano sotto il concetto di accessione, poiché nessun giudizio di prevalenza era espletabile, stante la assoluta uguaglianza e omogeneità fra i due beni, la quale non consentiva una loro distinzione.

Parimenti esclusi erano i frutti e i parti degli animali, non essendo considerati veri e propri beni fintantoché fossero uniti alla pianta o all’animale. Solo con la separazione potevano rilevare al fine dell’operare dell’accessione.

Gli incrementi fluviali, nelle specie dell’*avulsio*, *insula in flumine nata*, alluvio e

alveus derelictus, erano considerati un istituto autonomo.

Per diversità di oggetto e di contenuto non vi rientrava neanche la specificazione il cui attuale inquadramento all'interno dell'accessione, in una sua accezione più ampia, risulta difficoltoso. Di fatto tramite questo istituto viene data vita a un nuovo bene che sostituisce integralmente i precedenti. Al contrario nell'accessione il bene, pur assorbito nell'altro, mantiene la propria individualità e la riacquista una volta separato.

Successivamente l'accessione subisce una profonda trasformazione sotto l'influenza del diritto germanico che vede la proprietà e il suo acquisto in una maniera affatto diversa rispetto al diritto romano. Viene meno la valenza del principio *superficies solo cedit* in virtù del quale tutto ciò che si trova incorporato nel suolo appartiene al proprietario di questo. Viene messo in risalto il fattore lavoro che attribuisce il diritto di proprietà su ciò che viene realizzato. Si rovescia l'impostazione romanistica per la quale la proprietà prevale sempre sul lavoro. Dunque è quest'ultimo che permette l'acquisto dei frutti e non la loro percezione al momento della separazione. Trattasi di un'idea moderna che è alla base del giusnaturalismo europeo. Esso trova piena espressione nelle elaborazioni di Locke e Smith, il quale afferma che "in questo stato di cose l'intero prodotto del lavoro appartiene al lavorante". La proprietà viene ad identificarsi col lavoro che è il solo a legittimare ogni tipo di proprietà.

L'impatto di questa impostazione sul vigente codice civile è dimostrata, per lo meno nell'ambito dei beni mobili, dalla disciplina della specificazione contenuta nell'articolo 940 che recita: "Se taluno ha adoperato una materia che non gli apparteneva per formare una nuova cosa, possa o non possa la materia riprendere la sua prima forma, ne acquista la proprietà, salvo che il valore della materia sorpassi notevolmente quello della mano d'opera." Qui è il lavoro che prevale sulla proprietà della materia. Rimane, invece, invariato l'operare dell'accessione in ambito immobiliare, pur con le deroghe previste. Di fatti la tradizione germanica non scalza via l'idea che la costruzione eseguita su suolo altrui appartiene al proprietario di questo. Il principio romano dell'*inaedificatio* resta saldo.

Fu con la scuola dei glossatori ma ancora di più con i post-glossatori che si pervenne ad una elaborazione maggiormente unitaria dell'istituto, individuandone altresì la ratio nella natura stessa delle cose. I primi vi ricompresero i frutti naturali e civili della cosa e gli incrementi fluviali ma, in base a quanto affermato dal Paradiso, "per un mero equivoco verbale, dato dalle diverse, e segnalate, accezioni del termine, sì che non appare lontana dal vero la deduzione di un'origine meramente verbale, prima ancora che "topografica", del concetto generale di accessione".

Potendosi considerare i frutti accessori della pianta alla quale sono uniti, saranno assorbiti dalla proprietà della cosa principale per il tramite della forza espansiva di questa; ed è quanto ritroviamo nel nostro codice civile del 1865 che, sulla scorta di quello francese al quale si ispira largamente, afferma all'articolo 444: "I frutti naturali e i frutti civili appartengono per diritto di accessione al proprietario della cosa che li produce"; e ancora nell'articolo precedente si legge: "La proprietà di una cosa sia mobile che immobile attribuisce diritto su quanto essa produce, o vi si unisce

materialmente o coll'arte; questo diritto si chiama diritto di accessione". Non va sottovalutato il fatto che questi due articoli siano contenuti nel Capo II relativo alla proprietà e non fra i modi di acquisto della stessa. Il diritto di accessione viene considerato parte del diritto di proprietà, un suo prolungamento, un accrescimento della stessa. Il legislatore del 1865 con un'ampia formula, ha messo in risalto due distinte accezioni dell'istituto; una che potremmo definire accessione per produzione e l'altra accessione per congiunzione. La prima accezione, tuttavia, è impropria, dato che i frutti possono essere acquistati nel momento in cui si separano dalla cosa madre, costituendo una proprietà nuova. L'acquisto, in questo caso, avviene in virtù del diritto di proprietà e non per accessione. Essi rappresentano un incremento, un accrescimento solo fin quando sono uniti alla cosa principale. Lo stesso Ministro Guardasigilli Dino Grandi nella sua relazione al codice civile attualmente in vigore, riferendosi al codice previgente, parla di una nozione "superflua e di discutibile esattezza". Egli criticava l'eccessiva frammentarietà della disciplina precedente, mirando a renderla più agile attraverso la predisposizione di pochi principi fondamentali; dettando in poche norme (artt.934-938) lo schema fondamentale della materia. L'art 934 dell'attuale codice non contiene una definizione di accessione ma si limita a dire che: " Qualunque piantagione, costruzione od opera esistente sopra o sotto il suolo appartiene al proprietario di questo...". Viene privilegiata una visione più "ristretta" dell'istituto limitata alla sola accessione per incorporazione di un bene mobile al suolo. Esso viene ricondotto nel più consono ambito relativo ai modi di acquisto della proprietà e vengono, in un'ottica di semplificazione, unificate in una sola sezione gli acquisti che si perfezionano attraverso l'unione di una cosa con un'altra. L'acquisto dei frutti invece è contenuto nel titolo dedicato ai beni e si specifica, in base a quanto si legge nell'articolo 821, che esso possa avvenire solo in quanto "la proprietà di essi sia attribuita ad altri"; dunque come deroga alla regola generale che vuole che i frutti appartengano "al proprietario della cosa che li produce". Si può notare d'altro canto in questa regola i segni indelebili dell'influenza della tradizione romanistica e, in particolare, del potere assorbente, la *vis attractiva*, dell'antica proprietà quiritaria.

## 1.2 Analisi dei caratteri essenziali dell'istituto. L'incorporazione.

La visione "ristretta" dell'accessione concepita dal legislatore non ha tuttavia impedito agli interpreti di intendere l'accessione come una categoria generale; la dottrina, infatti, ha individuato una più ampia nozione di accessione, ricomprendente tutte quelle fattispecie in cui la congiunzione di due cose, mobili o immobili che siano, determina l'acquisto della proprietà in capo al proprietario della cosa principale, individuata sulla scorta del principio romano della *praevalentia*. Importante è che la separazione delle cose non sia attuabile se non con un eccessivo dispendio di risorse. Per questo l'ordinamento giuridico, nell'ottica di un più razionale godimento e sfruttamento del bene, ha inteso evitare la frammentazione del diritto di proprietà su più porzioni del medesimo bene in capo a più soggetti, mantenendo in capo al proprietario della cosa

principale la proprietà anche della cosa accessoria. A questi fini tende il principio della così detta “attrazione reale”.

L’accezione del fenomeno dell’accessione che maggiormente interessa la seguente trattazione, per poter comprendere la recente svolta delle SS.UU. della Cassazione sul tema, è quella che lo vede come modo di acquisto della proprietà della cosa unita in favore del proprietario del suolo, così come tratteggiato dall’articolo 934. Se nelle altre ipotesi è necessario da parte degli interpreti un giudizio di funzionalità e di valore per stabilire la principalità di una cosa rispetto ad un’altra, in questo caso è lo legislatore nella formulazione stessa della norma a sancire la preminenza incontrastata del suolo su qualsiasi altro bene che ad esso si incorpori naturalmente o materialmente, a prescindere dal fatto che il bene in questione possa avere o meno un valore economico superiore. Non poteva d’altronde essere diversamente sol che si pensi alla centralità dell’agricoltura e, quindi, dello sfruttamento del terreno nella produzione della ricchezza fin dai tempi antichi. Inoltre a differenza degli altri beni, mobili o immobili che siano, che col tempo finiscono inevitabilmente per deteriorarsi, offre la massima stabilità possibile. Il suolo, dunque, può definirsi il bene immobile per antonomasia.

Fondamentale al verificarsi del fenomeno dell’accessione è l’incorporazione di un bene in un altro, indifferentemente se esso avvenga in maniera naturale o artificiale, per opera dell’uomo. Si tratta di un fatto giuridico in senso stretto; ciò vuol dire che gli effetti giuridici previsti dall’ordinamento si realizzano come conseguenza immediata e diretta dell’evento materiale o naturale senza che rilevino in alcun modo le cause che lo hanno prodotto. Non basta che l’opera sia semplicemente posata sul terreno; la sua rimozione deve risultare difficile o comunque tale da arrecare pregiudizio agli stessi. Come ci si può ben aspettare i requisiti da soddisfare per integrare il fenomeno dell’incorporazione variano a seconda del tipo di opera: dunque nel caso di un edificio esso dovrà essere ancorato al terreno tramite delle fondamenta mentre nel caso di una palizzata sarà sufficiente l’infissione.

La giurisprudenza è unanime nel riferire il fenomeno a quei casi in cui il bene che accede “perde la sua autonomia fisica e giuridica tanto da rendere impossibile una separazione senza la contemporanea dissoluzione o sostanziale alterazione del tutto”.

L’esempio scolastico che permette di comprendere il grado di compenetrazione che si deve realizzare è quello delle piante incorporate al suolo; non basta che siano semplicemente adagiate al suolo ma devono essere saldamente ancorate al terreno tramite le radici affinché il dominus soli ne acquisti la proprietà. La congiunzione, dunque, deve essere stabile e non precaria; ciò, tuttavia, non esclude la separabilità dei beni incorporati, senza che ne derivi grave danno alla cosa acceduta. L’idea, sostenuta da una parte della dottrina, che l’inseparabilità sia requisito necessario perché si possa parlare di incorporazione, dal momento che solo in questo modo potrebbe dirsi che il bene accessorio realizzi una vera connessione col bene principale sì da divenire parte del tutto, è smentita dalle stesse orme relative all’accessione. Essa, infatti, lungi dall’essere essenziale all’acquisto della proprietà, al cui scopo è sufficiente la stabile incorporazione, svolge la propria funzione nell’ottica della tutela del terzo proprietario dei materiali, il quale, a seconda della separabilità o meno dei materiali, potrà vedersene corrisposto il valore. Si vedano a tale proposito l’articolo 935 del codice

civile che al primo comma afferma che “il proprietario del suolo che ha fatto costruzioni, piantagioni od opere con materiali altrui deve pagarne il valore, se la separazione non è chiesta dal proprietario dei materiali, ovvero non può farsi senza che rechi grave danno all’opera costruita o senza che perisca la piantagione”.

Se il concetto di “danno al fondo” è generalmente pacifico, essendo sufficiente confrontare il valore del bene da recuperare col danno che il fondo potrebbe subire, altrettanto non può dirsi per l’estremo del “danno all’opera costruita”; di fatti nel caso di un’opera realizzata interamente con materiali altrui, la loro separazione danneggerebbe in ogni caso l’opera, ma, allo stesso tempo, non si potrebbe negare al terzo il diritto alla restituzione; in questo caso sembrerebbe svuotarsi di contenuto la tutela del terzo; per evitare ciò è necessario considerare il bene accessorio nel suo complesso come risultante dalla somma dei fattori produttivi rappresentati dai materiali, in parte anche propri, e dal lavoro che ha dato vita alla costruzione complessa. Ecco dunque che in ipotesi del genere è preferibile utilizzare un criterio di carattere economico per individuare la natura dell’inseparabilità e non di carattere fisico, valutando, piuttosto che il danno arrecato all’opera in sé, i pregiudizi economici che affronterebbe il dominus soli, comparandoli con quelli subiti dal proprietario dei materiali. Riguardo quest’ultimo il pregiudizio sarà ponderato in relazione all’effettiva, concreta possibilità di reperire facilmente sul mercato il suo bene. Sono dunque da considerare “separabili” in quest’ottica tutti quei che per esempio sono prodotti in serie; non altrettanto potrà dirsi per i beni d’epoca o che rappresentano un unicum sul mercato. Il pregio di questa soluzione risiede nel fatto che, nonostante il diritto del terzo alla restituzione ne esca fortemente compresso, essendo limitato alla marginale ipotesi di introvabilità del bene, favorisce la conservazione della ricchezza, impedendo la demolizione delle opere realizzate.

### 1.2.1. Irrilevanza della volontà

Non rivestono importanza gli stati psicologici di buona o mala fede, né se il soggetto sia consapevole o meno della sua azione o vi sia stato costretto. Non importa se il suo intento sia stato quello arrecare miglierie o nuocere al proprietario del bene principale. Non rileva neppure l’espressa volontà di non dar vita al fenomeno dell’accessione attraverso un’unione temporanea del bene in vista di un suo successivo ricollocamento; tale irrilevanza è del resto confermata anche dall’articolo 812 del codice in cui si legge che “sono beni immobili...le altre costruzioni, anche se unite a scopo transitorio...”. Il puro e semplice verificarsi nella realtà fenomenica dell’evento dell’incorporazione è sufficiente, senza bisogno di ulteriori indagini.

Lo stesso può dirsi per il dominus soli il cui consenso non rappresenta elemento necessario al verificarsi dell’acquisto per accessione. Tuttavia egli non può essere costretto ad accettare la costruzione altrui ed è per questo che lo stesso articolo 934 pone dei limiti all’operare dell’istituto. Esso consente al proprietario del suolo di regolare diversamente i propri rapporti patrimoniali col terzo costruttore attraverso la stipula di un atto per il quale è richiesta la forma scritta *ad substantiam*; non è, invece, reputato adeguato un negozio unilaterale come il testamento. Ancora sono le

disposizioni successive a permettere al dominus soli di chiedere la rimozione delle opere, costruite a sua insaputa, a spese del terzo costruttore con annesso risarcimento dei danni subiti.

Conseguenza dell'indipendenza dell'acquisto dei beni incorporati dalla volontà è l'irrelevanza, nel caso di opera realizzata con materiali altrui, di qualsiasi vizio concernente tale acquisto; il dominus soli acquista i beni accessori in virtù dell'unione degli stessi al bene principale di sua proprietà e non in base all'atto di acquisto eventualmente intercorrente con un terzo proprietario dei materiali. In realtà, trattandosi di beni mobili, può ben trovare applicazione l'articolo 1153 che enuncia l'importante principio "possesso vale titolo"; dunque i vizi su detti, prima ancora che per accessione, risulterebbero sanati in virtù del possesso di buona fede. La tutela dell'alienante è limitata al solo aspetto obbligatorio, potendo chiedere il risarcimento dei danni.

Si è di fronte ad un modo di acquisto della proprietà a titolo originario in cui la perdita e il conseguenziale acquisto del diritto si pongono in un rapporto di contiguità temporale, venendo il risalto principalmente il secondo; non si ha alcuna successione nel diritto altrui ma la nascita di un diritto nuovo autonomo rispetto al precedente. Contrariamente a quanto accade negli acquisti a titolo derivativo nei quali perdita e acquisto sono momenti speculari di uno stesso fatto.

### *1.2.2. Rovesciamento della tradizionale impostazione romanistica dell'istituto*

Da quanto su esposto emerge con chiarezza come nell'attuale codice venga a sfumarsi l'impostazione di derivazione romanistica dell'istituto che vedeva nella proprietà e, in particolare, nella sua forza espansiva la ratio dell'accessione e che venne ripresa nel previgente codice civile là dove, all'articolo 443, si afferma che "la proprietà di una cosa... attribuisce diritto su quanto essa produce o vi si unisce..."; è la semplice incorporazione ora che giustifica l'operare dell'istituto, rappresentando la proprietà il titolo preferenziale, peraltro eventuale, non operando nel caso in cui il dominus soli sia anche proprietario dei materiali, per l'acquisto del bene in mancanza di altri titoli prevalenti. La proprietà è titolo altresì generale e residuale per l'acquisto dei beni dal momento che si realizza nei casi in cui non "risulti diversamente dal titolo o dalla legge" o, comunque, nel caso in cui venga meno l'efficacia di altro titolo ad essa prevalente. Ad ogni modo è l'incorporazione che, operando una modificazione sul piano della realtà materiale, modifica anche la realtà giuridica; questo discorso vale anche nel caso in cui i beni appartengano al proprietario del suolo perché l'incorporazione determinerà la loro immobilizzazione o quanto meno una loro destinazione pertinenziale.

Attualmente non trova ragion d'essere neppure l'idea risalente al diritto romano di una proprietà quiescente del proprietario del bene accessorio; l'accessione rappresenta un modo di acquisto della proprietà di carattere definitivo; il semplice distacco del bene o dei materiali dal bene principale non legittima tout court il terzo proprietario degli stessi a rivendicarli. Tale quiescenza del diritto di proprietà, infatti, contrasta inevitabilmente con uno dei caratteri fondamentali della proprietà così come viene

intesa oggi, ossia la perpetuità. Questo quanto meno in base alla concezione tradizionale di tale diritto, la quale nega che si possa parlare di vera proprietà davanti alla previsione di un limite finale di durata; essa reputa che tutt'al più potrebbe parlarsi in questi casi di usufrutto la cui disciplina prevede per l'appunto che sia limitato nel tempo secondo quanto disposto dall'articolo 979 del codice: "La durata dell'usufrutto non può eccedere la vita dell'usufruttuario. L'usufrutto costituito a favore di una persona giuridica non può durare più di trent'anni. Senonchè meritano di essere evidenziate le perplessità da l'altra parte della dottrina circa l'essenzialità di tale requisito. A ben vedere, infatti, è lo stesso codice civile a prevedere delle ipotesi di proprietà che potremmo definire "temporanea". Si pensi ad esempio alla disciplina della sostituzione fedecommissoria con cui viene fatto obbligo all'istituto conservare i beni ricevuti in eredità e restituirli alla sua morte: egli, dunque, riceve temporaneamente i beni in proprietà e il loro passaggio al sostituito avverrà non in virtù di un atto dispositivo dell'istituto bensì automaticamente. La posizione dell'istituto è fortemente assimilabile a quella dell'usufruttuario e, infatti, il codice estende al primo, "in quanto applicabili", le norme relative al secondo.

Ancora più pregnante appare l'esempio della proprietà superficaria che, ai sensi dell'articolo 953 del codice, ben può essere a tempo determinato, con la conseguenza che "allo scadere del termine il diritto di superficie s'estingue e il proprietario del suolo diventa (per accessione) proprietario della costruzione"; questo anche a dimostrazione che l'accessione non opera sulla base di un titolo.

Pacifica, al contrario, è la possibilità di apporre un termine iniziale al sorgere del diritto di proprietà come avviene comunemente con i negozi traslativi della proprietà, con i quali, invece, non appare possibile apporre un termine finale al diritto; non lo è sicuramente il così detto patto di riscatto eventualmente presente in un contratto di vendita dal momento che esso costituisce un diritto potestativo dal quale deriva la risoluzione ex tunc degli effetti del contratto, dunque al di fuori dell'ambito della proprietà temporanea. Il diritto di proprietà dell'acquirente, infatti, non si interrompe ma è come se non fosse mai esistito essendo inficiato nella sua validità ab origine; è questo che una parte della dottrina ha identificato con l'espressione "proprietà risolubile". L'impostazione contraria al divieto di una limitazione temporale della proprietà non snatura il contenuto fondamentale di tale diritto che rimane pur sempre la possibilità "di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo"; non viene alterata, dunque, l'idea del *numerus clausus* dei diritti reali che impedisce di crearne di nuovi o di modificare quelli già esistenti, rimanendo intatto il contenuto del diritto in questione. D'altro canto il carattere della perpetuità non viene accantonato; è impensabile, infatti, un diritto di proprietà destinato a durare quanto la vita di un essere umano; ed è qui che la perpetuità recupera la sua ratio dato che almeno una situazione di appartenenza deve essere veramente perpetua.

### 1.2.3. *Nozione di costruzione, piantagione e opera. Le addizioni migliorative.*

Il fatto che per effetto dell'incorporazione il bene accessorio venga a perdere la propria autonomia fisica e giuridica non comporta che debba perdere la propria identità. A tal proposito si pone ora la necessità di chiarire che cosa intenda il legislatore quando parla di costruzioni, opere e piantagioni.

Riguardo le prime appare prevalente una loro ampia concezione "idonea a ricomprendere qualsiasi manufatto esistente sopra o sotto il suolo, naturale o artificiale che ne sia l'incorporazione: può trattarsi pertanto di un edificio, di una strada, di un muro di contenimento, ma anche di una tubazione, di una fontana, di una recinzione" (Paradiso 1994, 23-24). Contrasti nella giurisprudenza ha suscitato la questione se partecipassero del fenomeno dell'accessione quegli elementi sporgenti che non sono incorporati direttamente al suolo ma che fanno parte della costruzione, come un balcone o la falda di un tetto. Inizialmente la tendenza fu quella di escludere in queste ipotesi l'operatività dell'istituto venendo meno l'elemento costitutivo rappresentato dall'incorporazione. Recentemente, invece, la Cassazione ha mutato il suo precedente orientamento sposando la tesi permissiva, purchè gli elementi in questione siano situati interamente all'interno dell'area su cui insiste la costruzione; in questo modo non possono che appartenere al titolare di questa, in armonia col disposto dell'articolo 934. Si può dire che questi elementi siano incorporati indirettamente al suolo per il tramite della costruzione alla quale sono uniti, fungendo quest'ultima da "termine medio" e risultandone incrementata. Si comprende, dunque, come non ci si trovi di fronte ad una deroga al regime dell'incorporazione che è elemento costitutivo dell'accessione.

Sempre la Corte di Cassazione ha statuito, per la prima volta nel 2009, che il principio dell'accessione vale anche per i beni appartenenti al demanio dello Stato; così "un manufatto costruito su suolo appartenente al demanio marittimo ne fa per ciò stesso parte, senza che tale qualità possa venire meno per il solo fatto che il bene è stato oggetto di trasferimenti nominali di proprietà compiuti a non domino" (Cass. Civile, Sez. II, sentenza n.14741, del 24 giugno 2009).

Ai fini della norma, poi, per piantagione si intende "qualsiasi pianta, annuale o perenne, che si trovi interrata nel suolo, e indipendentemente dalla circostanza che la piantagione sia opera dell'uomo o del vento che abbia trasportato i semi". (Paradiso, 1994, 25). E' a tal proposito che si può cogliere meglio l'irrelevanza della volontà umana; nel momento in cui le piantagioni divengono parte del fondo mettendo radici, esse appartengono al proprietario del suolo, dunque per il fatto obiettivo dell'*implantatio*, a nulla rilevando la volontà dell'autore della *positio* di incorporarle nel fondo in via temporanea, per poi trasferirle altrove; egli perde qualsiasi diritto su di esse finchè non si separino dal bene principale.

Parimenti discusso in dottrina è se ricadano nell'ambito di applicazione della norma esclusivamente quelle opere che si concretano in addizioni di materia, facilmente individuabili e separabili; dunque se risultino esclusi dalla nozione i miglioramenti in senso tecnico, i quali, piuttosto che un'aggiunta di materia, operano una trasformazione o diversa combinazione degli elementi costituenti il bene principale, finanche a comportare una riduzione della materia stessa, come nel caso dello spurgo di un canale o del prosciugamento di un fondo; essi non possiedono una autonoma individualità ma generano un aumento di produttività del bene.

Secondo alcuni autori proprio il fatto che il bene accessorio debba conservare la sua propria identità porterebbe ad escludere dall'applicazione del fenomeno i miglioramenti in senso tecnico. Se viene meno l'oggetto della proprietà che dovrebbe essere acquisita dal dominus soli, ossia un bene comunque identificabile, allora, logicamente, non potrà operare il meccanismo dell'accessione. Ci si troverà di fronte a semplici modificazioni del bene che non comportano l'acquisto di nuovi diritti. Il supporto normativo di questa visione potremmo dire "ristretta" delle opere indicate dalla norma si suole rinvenire nel disposto dell' articolo 1150 del codice civile in materia di possesso, il quale differenzia le conseguenze scaturenti dai miglioramenti da quelle delle addizioni eseguite dal possessore; riguardo ai primi afferma che il possessore "ha diritto a indennità per i miglioramenti recati alla cosa, purchè sussistano al tempo della restituzione"; nel suo ultimo comma, invece, si legge espressamente che "per le addizioni fatte dal possessore sulla cosa si applica l'articolo 936", quest'ultimo relativo appunto alle opere fatte da un terzo, in questo caso il possessore, con materiali propri.

Secondo altra parte della dottrina, in particolare il Paradiso, codesta impostazione sarebbe smentita dallo stesso articolo 1150, il quale fa espresso rimando all'articolo 936 per le addizioni migliorative del possessore di mala fede, mentre rimarrebbe l'esigenza di individuare la disciplina applicabile alle migliorie effettuate dal detentore non qualificato o dal precarista, dunque da parte di chi non sia in possesso del fondo, non rintracciabile negli articoli 1148 e seguenti del codice civile. Decisivo pertanto sarebbe l'ultimo comma dell'articolo 1150 nel suo rimando alla disciplina dell'accessione per i miglioramenti così detti estrinseci del possessore di mala fede; ciò ci permette di comprendere come le addizioni possono essere sicuramente migliorative. Non sarebbe corretta, sempre secondo lo stesso autore, l'argomentazione che fa leva sul disposto del secondo comma dell'articolo 936 laddove fa riferimento all'aumento di valore del fondo. Il richiamo è svolto esclusivamente in funzione dell'indicazione di un criterio alternativo per la determinazione del corrispettivo dovuto al terzo costruttore. D'altronde, sottolinea il Paradiso, un aumento del valore del fondo si rinviene anche nell'ipotesi di un'addizione che rechi utilità al bene, stante piuttosto la sua ratio non in un semplice aumento di valore del bene medesimo, quanto in un suo aumento della produttività.

Dunque non parrebbe necessaria all'acquisto del diritto in capo al dominus soli che si verifichi un'aggiunta di materia, sicchè a detta dell'autore vi rientrerebbero anche i miglioramenti così detti intrinseci che non comportano un'addizione ma semplicemente una diversa disposizione della materia, venendosi a confondere totalmente col bene; secondo altri autori, tuttavia, proprio in virtù di questo motivo, essi darebbero vita al più al sorgere di un diritto di credito in capo all'autore dei medesimi.

## CAPITOLO II

Costruzione eseguita da uno dei comproprietari su suolo comune. Analisi del rapporto intercorrente fra l'accessione e la comunione ordinaria alla luce della recente sentenza 16/02/2018 n. 3873 delle SS.UU. della Corte di Cassazione.

### 2.1. *Il caso.*

Recentemente la Suprema Corte ha avuto modo di pronunciarsi sull'annosa questione riguardante la sorte della costruzione eseguita in regime di comproprietà da parte di uno solo dei comunisti.

Il tema è stato portato all'attenzione dei giudici di legittimità attraverso il ricorso presentato da P. avverso la società Ca D'Oro 3 s.r.l., della quale il ricorrente è socio e legale rappresentante. Le parti risultano essere proprietarie pro indiviso di un terreno, adiacente al fabbricato condominiale delle stesse, sul quale sono stati edificati un corpo edilizio interrato costituito da due piani sovrapposti e un'altra costruzione a livello seminterrato adibita ad autorimessa e cantina. Il P., a suo tempo, convenne la società comproprietaria dinanzi al Tribunale di Belluno, chiedendo lo scioglimento della comunione delle unità immobiliari costruite da quest'ultima sul terreno di proprietà comune. La società, costituitasi in giudizio, si difese adducendo l'accordo intercorrente tra le parti circa l'attribuzione dei locali seminterrati; pretese, invece, di essere riconosciuta proprietaria esclusiva del corpo interrato. Sul punto il Tribunale diede ragione alla Ca D'Oro s.r.l. ritenendola inoltre proprietaria esclusiva insieme al P. dei locali posti al piano seminterrato.

La sentenza venne confermata anche dalla Corte di Appello di Venezia, pronunciatisi sul gravame proposto da P.. La Corte territoriale, in particolare, rilevando la carenza dei presupposti per poter definire "cosa comune" il corpo edilizio interrato, motivò la decisione sulla scorta di vari punti. Innanzitutto l'unità in questione risulta essere incorporata stabilmente alla proprietà esclusiva dell'impresa edile, la quale vi accede per mezzo di una scala interna all'unità abitativa di sua proprietà, sita al piano terra dell'edificio condominiale; al contrario non presenta alcun contatto con la proprietà del P.; i lavori sono stati eseguiti e progettati dallo stesso P. ma con l'intesa, siglata da un valido accordo provato documentalmente, che le costruzioni risultanti sarebbero appartenute esclusivamente alla Ca D'Oro s.r.l., la quale, peraltro, aveva integralmente finanziato il progetto; il corpo edilizio risultante, infatti, è stato realizzato in funzione esclusiva delle preesistenti unità immobiliari di proprietà della società; infine non presenta elementi, quali un muro maestro o un tetto, tali da far pensare che sia utile o essenziale alle parti comuni.

Dunque, a parere della Corte di Appello, la ratio dell'impossibilità di qualificare come comune il corpo interrato risiede nella sua stessa genesi, in quanto concepito e realizzato con caratteristiche tali da escludere una tale qualificazione. A conferma di

quanto appena detto vi è anche il decisivo accordo intervenuto tra le parti e adeguatamente documentato, dal quale risultano attribuite al P. quote millesimali maggiori di quanto di pertinenza delle sue porzioni delle sue porzioni esclusive sull'area esterna, peraltro senza il versamento di alcun corrispettivo; è prevista inoltre l'attribuzione in proprietà esclusiva al P. di un vano locale al piano superiore, oltre all'affidamento dei lavori di costruzione.

Il ricorso presentato da P. si articola in dodici motivi, su alcuni dei quali è necessario soffermarsi.

Nello specifico col secondo mezzo di ricorso la difesa del P. lamentava la violazione degli articoli 934,840,1102 e 1121 del codice civile. Secondo il ricorrente il fatto che la società avesse sostenuto integralmente le spese per la realizzazione delle opere non le conferiva automaticamente la proprietà esclusiva di quanto costruito. L'iniziativa presa dalla sola società nell'intraprendere i lavori non escluderebbe l'applicazione dell'istituto dell'accessione, tanto più che non fu conclusa alcuna pattuizione scritta che legittimasse il radicale mutamento del bene. Trattandosi, poi, di beni immobili tale pattuizione avrebbe dovuto rivestire la forma scritta ad substantiam e sarebbe dovuta essere la base per esprimere lo speciale consenso alla realizzazione delle opere, a pare di P. necessario, in quanto la società si sarebbe appropriata di parte della cosa comune. Col terzo motivo di ricorso P. fa presente che non si tratta di un condominio ma di un sedime in comproprietà indivisa fra le parti in causa. Le unità immobiliari costruite nel sottosuolo non appartengono all'adiacente edificio condominiale, non essendo collocate sull'area su cui posano le fondamenta dell'immobile. Dunque il fatto che le costruzioni rivendicate dalla Ca D'Oro non facciano parte del condominio è fuori discussione, non essendo stata impugnata la corrispondente affermazione del Tribunale di Belluno.

Nel quarto motivo si rileva che l'unico modo affinché la società acquisisse la proprietà esclusiva delle opere era attraverso la costituzione di un diritto di superficie, le cui disposizioni, in virtù dell'articolo 955 del codice, "si applicano anche nel caso in cui è concesso di fare e mantenere costruzioni al disotto del suolo altrui"; anche se la norma presuppone l'appartenenza del suolo ad un soggetto diverso dal costruttore, mentre qui siamo di fronte a un regime comproprietario del terreno. Ad ogni modo, prosegue il P. notando come in nessuno degli atti menzionati nel processo sia contenuta l'espressa volontà di attribuire in via esclusiva la proprietà delle opere alla Ca D'Oro s.r.l. .

## *2.2. Orientamenti giurisprudenziali sul tema.*

Il secondo motivo di ricorso ha portato la seconda sezione civile della Suprema Corte a riflettere circa l'esistenza di un annoso contrasto nella sua giurisprudenza che ha portato alla nascita di due contrapposti orientamenti.

Un primo filone tralatizio e minoritario ritiene che operi l'istituto dell'accessione e, dunque, la costruzione realizzata su un'area sottoposta al regime di comunione

ordinaria appartiene a tutti i comproprietari a mano a mano che si innalza, salvo che sia disposto diversamente attraverso un accordo scritto ad substantiam. In questo ordine di idee non sarebbero validi né il possesso esclusivo del piano, né un accordo verbale, né il diverso contributo economico alle spese. Al comproprietario costruttore spetta comunque una tutela di natura risarcitoria pari al rimborso pro quota delle spese sostenute.

Di tale filone è espressione la sentenza della sezione civile della Corte di Cassazione 11/11/1997 numero 11120, la quale rigettò il primo motivo di ricorso col quale il ricorrente affermava l'inapplicabilità dell'articolo 934 del codice civile all'ipotesi di costruzioni realizzate da due soggetti diversi in tempi diversi su suolo comune col consenso di entrambi, e precisamente con l'intesa che le diverse parti sarebbero spettate singolarmente ai singoli costruttori. La Corte ritenne operante anche in questo caso il meccanismo dell'accessione con conseguente acquisto della proprietà in capo a tutti i comproprietari di tutto ciò che si incorpora al suolo comune. L'accordo intervenuto tra le parti non presentava i requisiti minimi di forma richiesti per impedire l'operare del meccanismo espansivo della proprietà e, dunque, non poteva considerarsi valido; così come non rilevano in alcun modo i diversi spazi temporali in cui sono avvenute le costruzioni oppure la differente anticipazione delle spese o il fatto che i piani fossero di fatto divisi oppure ancora il distinto possesso.

Tesi ribadita dalla Cassazione anche nel caso in cui la costruzione occupi in parte l'area soggetta a comunione e in parte il fondo attiguo in proprietà esclusiva di uno dei comunisti (Cass., sez. II, 28 maggio 1993, n. 5985).

Lo stesso dicasi nell'ipotesi di costruzione insistente su due diverse aree di proprietà esclusiva di due distinti soggetti, la quale, pur essendo concepita e progettata in modo unitario, con l'accordo di realizzarla su tali aree unite insieme, appartiene in via esclusiva a ciascuno dei proprietari in virtù del principio dell'accessione, relativamente alla parte di edificio che insiste in proiezione verticale sui rispettivi terreni. A nulla giova un semplice accordo dal quale scaturisca la volontà di realizzare una costruzione unica, essendo necessario a parere della Corte che esso sia rivestito della forma scritta ad substantiam a norma dell'articolo 1350 c.c., ritenuta la sola forma idonea a scalfire la situazione prodottasi attraverso il principio dell'accessione, assoggettandola alle esigenze dei privati. Il discorso viene esteso anche a quelle parti dell'edificio rispetto alle quali risulta difficile immaginarne un'utilizzazione esclusiva, in quanto funzionali all'intera struttura e funzionalmente inscindibili, come l'impianto di riscaldamento o le scale; anche queste parti ricadono nella proprietà esclusiva dei singoli proprietari delle due aree a seconda del loro collocamento. Su questi beni potrebbe instaurarsi una comunione incidentale di uso e di godimento, con l'obbligo dei singoli di contribuire alle spese di manutenzione e di esercizio in proporzione dei rispettivi diritti domenicali (Cass. civ., sez. II, 19/04/1994, n. 3714).

Sulla base di questa impostazione le singole unità immobiliari che compongono il fabbricato vengono acquisite in comune, in virtù dell'accessione, da parte dei proprietari dei terreni confinanti. Questo è espressione del principio di ordine generale racchiuso nell'articolo 939 primo co. c.c., dal quale si può ricavare che quando più cose appartenenti a proprietari diversi sono state unite o mescolate in modo da formare un

sol tutto e non possano essere separate senza notevole deterioramento, la nuova res che viene a crearsi diviene di proprietà comune, in proporzione del valore delle quote spettanti a ciascuno. Di fatti i materiali impiegati nella realizzazione dell'edificio non sono separabili senza un notevole dispendio di risorse e deterioramento reciproco. Essi danno vita a nuove res, rispetto alle quali i beni giuridici si individuano in ragione della loro funzione. La deroga contenuta nel secondo comma del citato articolo, in base alla quale "quando una delle cose si può riguardare come principale o è di molto superiore per valore, ancorché serva all'altra di ornamento, il proprietario della cosa principale acquista la proprietà del tutto", è irrilevante nei casi di specie dal momento che riguarda esclusivamente i beni mobili, unici suscettibili di separazione (Cass. civ., sez. II, 12/11/1997, n. 11154).

Corollario di questa impostazione è che la costruzione eseguita da uno solo dei comproprietari su suolo comune ricada anch'essa in comunione pro indiviso a favore di tutti i comproprietari secondo quote ideali proporzionate alle quote di proprietà dell'area stessa, salva la costituzione nelle forme di legge di un altro diritto reale a favore del costruttore o l'ipotesi in cui i comproprietari abbiano provveduto attraverso un atto scritto ad substantiam alla reciproca determinazione del loro diritto sull'edificio in costruzione. Non potrebbe, inoltre, trovare applicazione la disciplina di cui agli articoli 936 e 937 e seguenti dal momento che queste disposizioni riguardano la diversa ipotesi di opere realizzata da un terzo con materiali propri o altrui.

L'orientamento più recente, oggi prevalente, al contrario, ritiene doversi applicare alle opere realizzate da uno dei comproprietari su suolo comune la disciplina della comunione, sul presupposto che l'articolo 934 troverebbe applicazione esclusivamente nel caso in cui il terreno, su cui insiste la costruzione, appartenga a un soggetto terzo diverso dal costruttore. In sostanza vi dovrebbe essere non coincidenza tra il soggetto autore della costruzione e il proprietario del terreno sui cui questa insiste. Nel caso di una costruzione realizzata su un terreno di proprietà comune a più individui ciò non potrebbe avvenire, non potendo essere considerati i singoli comunisti terzi gli uni rispetto agli altri. Da ciò segue che il sorgere del regime di comproprietà sia condizionato all'osservanza delle regole poste dagli articoli 1100 e ss. del c.c. e, in particolare, delle norme che pongono dei limiti all'uso della cosa comune da parte del comproprietario. Dunque se uno dei partecipanti alla comunione pone in essere di propria iniziativa delle innovazioni, attraverso cui il bene viene modificato nella sostanza e nella forma con l'effetto di alterarne la consistenza materiale e la destinazione originaria, ma senza il consenso degli altri partecipanti, l'opera è da considerarsi illegittima e in contrasto con le norme poste a disciplina della comunione; da ciò scaturirà sulla base di questo orientamento l'acquisto della innovazione in capo al solo costruttore. Egli non può alterarne la destinazione e impedire agli altri di farne parimenti uso secondo il loro diritto: non si intende un uso "identico" della cosa comune, perché nulla vieta che un condomino faccia un uso più intenso della cosa rispetto ad altri; l'importante è che ciascuno conservi il diritto di usare la cosa potenzialmente al pari degli altri. Non meno importante, non può "estendere il suo diritto sulla cosa comune in danno degli altri partecipanti, se non compie atti idonei a

mutare il titolo del suo possesso (articolo 1102, ult. co.). Può senz'altro, stando alla seconda parte del primo comma dell'articolo 1102, apportare dei miglioramenti che reputi necessari al miglior godimento della cosa. La violazione di queste come di altre disposizioni come quelle relative ad esempio al compimento di atti di alienazione o di costituzione di diritti reali sul fondo comune, comportano l'operatività del meccanismo dell'accessione a discapito delle regole speciali sulla comunione.

Dunque l'acquisto della proprietà dell'edificio in capo al comunista costruttore, in base al predetto orientamento, è ipotizzabile solamente nell'ipotesi di realizzazione abusiva della costruzione, dunque in contrasto con la disciplina della comunione. In questo caso l'opera non può considerarsi come un bene comune per accessione ma rientrerà nell'esclusiva sfera giuridica del comproprietario costruttore.

Così ha avuto modo di pronunciarsi la Suprema Corte sul caso riguardante un capannone realizzato, senza alcun preventivo accordo, sul fondo di proprietà comune da parte di taluni dei comproprietari (Cass. civ., sez. II, 22/03/2001, n.4120). Costoro, tramite la realizzazione abusiva dell'edificio, avevano di fatto escluso o, quanto meno alterato in maniera sostanziale, l'utilizzo e il godimento, anche solo potenziale, che del suolo comune avrebbe potuto fare l'altro comproprietario, violando, dunque, le disposizioni in materia di comunione. In tale ipotesi si è verificata, nota la Corte, l'attrazione del suolo nell'esclusiva sfera giuridica dei comproprietari costruttori. In questa sentenza viene evidenziata la residualità dell'istituto dell'accessione, posto che esso potrà trovare applicazione solo in assenza di un diversa disciplina legale, come nel caso di specie, o convenzionale, che, sempre nel caso appena esaminato, non risulta. La Cassazione in questa sentenza punta l'accento sulla necessaria terzietà del costruttore, la quale rappresenterebbe il presupposto dell'applicazione dell'articolo 934 del c.c. , non ravvisabile in questa fattispecie, in cui i comproprietari non possono essere considerati terzi fra di loro.

Parimenti in tema di condominio rileva l'articolo 1120 c.c., a norma del quale sono vietate le innovazioni che rendano alcune parti comuni dell'edificio inservibili all'uso o al godimento di altri condomini, salvo vi sia il consenso di questi, espresso attraverso un accordo scritto a pena di nullità, volto alla costituzione di diritti reali su beni immobili ( Cass. civ., sez. II, 18/04/1996, n. 3675). La violazione di questa come di altre norme come quella riguardante la sopraelevazione, comporta automaticamente l'operatività dell'articolo 936 cod. civ. ( Cass. civ., 27/08/1986, n. 5242).

Non convince neppure l'idea del ricorso al criterio analogico al fine di giustificare l'applicazione delle norme di cui agli articoli 934 e ss. c.c. in queste ipotesi, dal momento che non ci si trova di fronte ad una lacuna dell'ordinamento che necessita di essere colmata in virtù della medesima ratio sottesa alle diverse fattispecie; vi sarebbe già un'apposita norma adatta a regolare i casi di specie e sarebbe rappresentata dal suddetto articolo 1102 c.c. sull'uso della cosa comune da parte dei partecipanti alla comunione (Cass. civ., sez. II, 14/12/1994, n. 10699).

L'impostazione fin qui esaminata prende le mosse dall'osservanza del principio espresso dal brocardo latino per cui *lex specialis derogat legi generali*. Dunque le norme poste a disciplina della comunione, regolando una fattispecie specifica e

particolare, ossia la comproprietà di un bene, contrariamente alla disciplina dell'accessione, la quale esprime una regola generica, derogano a quest'ultima.

### *2.3. Rilievi critici. La terzietà del costruttore.*

L'orientamento da ultimo esaminato presenta diversi punti poco chiari. Uno di questi riguarda la necessaria alterità soggettiva del soggetto autore della costruzione rispetto al proprietario del suolo come presupposto operativo dell'articolo 934 cod. civ. .

Occorre innanzitutto chiarire, seguendo il ragionamento delineato dalla Corte, chi debba essere considerato terzo ai fini dell'accessione. Essa infatti interviene per risolvere conflitti di interessi fra soggetti che non sono legati fra loro da alcun rapporto giuridico; ove, invece, sussista fra i due un diritto reale o personale, scaturente dal titolo o dalla legge, che legittimi il terzo ad edificare sul suolo altrui, la predetta ratio dell'accessione verrebbe meno e cederebbe il posto alla disciplina più specifica. Risulta certo, dunque, il carattere sussidiario dell'istituto. Ad esempio nell'ambito del rapporto esistente fra locatore e conduttore, i miglioramenti o le addizioni eseguite da quest'ultimo sulla cosa locata ricadranno sotto la disciplina degli articoli 1592 e 1593 cod. civ. e non si applicherà quella di cui agli articoli 936 e 937 cod. civ. . In tale ipotesi il conduttore che è terzo rispetto al proprietario del bene dato in locazione, espande la proprietà di detto bene per effetto delle migliorie o delle addizioni apportate e, tuttavia, ciò è legittimato dalla disciplina normativa in materia di contratto di locazione, che peraltro prevede una disciplina meno rigorosa.

Lo stesso dicasi per le accessioni, i miglioramenti e le addizioni intervenute sul fondo concesso in usufrutto dal proprietario a un terzo. Anche qui troveranno applicazione le disposizioni di cui agli articoli 983, 985 e 986 cod. civ. in quanto speciali.

Si può, dunque, affermare, in base anche a quello che è ormai orientamento consolidato della Corte di Cassazione, che, in tema di accessione, terzo sia colui che non vanta alcun rapporto giuridico di natura reale o personale col proprietario del suolo al quale accedono "la piantagione, costruzione od opera". Sulla base di questa impostazione non è configurabile come terzo chi esegua l'opera sul terreno di proprietà altrui sulla base di un contratto (appalto, contratto d'opera...) concluso col dominus soli, salve le ipotesi in cui il contratto risulti invalido o si risolva e simili (Cass. civ., 05/02/1983, n. 970). Quanto detto vale, secondo la giurisprudenza della Corte richiamata anche dalla sentenza da cui prende le mosse la seguente tesi, anche nel caso in cui il contratto venga concluso dal terzo con un soggetto diverso dal proprietario dell'immobile, il quale gli affidi il compito di realizzare l'opera. L'esecutore materiale dell'opera "entra in contatto con la cosa medesima in via esclusivamente secondaria a seguito e per effetto di un incarico conferitogli a qualsiasi titolo dall'autore e che si limita ad eseguire l'altrui volontà". L'esecutore è configurabile come una longa manus del soggetto che gli ha fornito l'incarico.

La Corte ha avuto successivamente modo di precisare come l'insussistenza di alcun rapporto negoziale o legale tra terzo e proprietario, certamente insita nella struttura logica della fattispecie contemplata dall'articolo 936 cod. civ. relativo alle opere

realizzate da un terzo con materiali propri, non venga richiesta dall'articolo 937 cod. civ. riguardante casi di opere realizzate sempre da un terzo ma con l'impiego di materiali altrui. A ben vedere infatti il problema che la norma intende risolvere non è un conflitto di interessi fra due soggetti sul medesimo bene; bensì intende tutelare il diritto del proprietario dei materiali, che siano stati impiegati da un terzo per eseguire costruzioni sul suolo altrui. Lo scopo viene perseguito attribuendo al proprietario dei materiali il diritto di chiederne la restituzione se questa possa effettuarsi senza grave danno alle opere o al fondo; il diritto, in caso di impossibilità o di mancata richiesta di rimozione dei materiali, di essere indennizzato; infine il diritto al risarcimento dei danni da esercitarsi tanto nei confronti del terzo quanto nei confronti del proprietario del fondo in caso di impiego contro la sua volontà o autorizzato dal dominus soli in mala fede. Risulta evidente, dunque, come non sia centrale in questa disposizione il rapporto tra autore dell'opera e proprietario del suolo. La stessa norma, poi, facendo riferimento all'ipotesi in cui quest'ultimo debba al costruttore un prezzo come limite all'indennità dovuta dal proprietario del suolo al proprietario dei materiali, indica la possibile esistenza di un rapporto fra i due (Cass. civ., sez. III, 22/01/1998, n. 603).

Pertanto, stando all'idea sostenuta dall'orientamento più recente, in caso di comunione del suolo e di opera realizzata da un solo dei comproprietari di detto suolo, l'articolo 936 cod. civ., riguardante opere seguite da un terzo, non troverebbe applicazione, non potendo i comproprietari considerarsi terzi fra di loro.

Tuttavia, da un esame, anche solo superficiale, del testo della disposizione di cui all'articolo 934 cod. civ. non si evince alcun riferimento alla qualità soggettiva dell'autore della costruzione. La norma di fatti si limita ad affermare che "qualunque piantagione, costruzione od opera esistente sopra o sotto il suolo appartiene al proprietario di questo...". Si concentra esclusivamente sul fatto materiale dell'incorporazione senza richiedere che l'autore delle opere sia un soggetto terzo rispetto al proprietario del suolo. Dunque, stando ad un'interpretazione letterale della norma, l'autore ben potrebbe essere il proprietario del suolo su cui insiste la costruzione e non vi sarebbero ostacoli all'operare del principio dell'accessione.

Viene privilegiata una lettura ampia della norma che poggia le sue basi sulla nozione di accessione contenuto nel previgente codice civile il quale all'articolo 443 statuiva che "la proprietà di una cosa, sia mobile che immobile, attribuisce diritto su quanto essa produce, o vi si unisce naturalmente o coll'arte"; disciplina onnicomprensiva che nell'articolo successivo ricomprendeva anche i frutti: "i frutti civili e naturali appartengono per diritto di accessione al proprietario della cosa che li produce". Estendendo, poi, la visuale al complesso delle norme poste a disciplina dell'accessione, si perviene alla stessa conclusione. Non si spiega, infatti, perché il legislatore avrebbe dovuto prevedere due norme specifiche relative alle opere realizzate da un terzo, quali gli articoli 936 e 937 cod. civ., se la regola sarebbe dovuta essere la terzietà del costruttore. In buona sostanza il legislatore ha introdotto due specifiche disposizioni per regolare i casi in cui l'autore dell'opera sia un terzo rispetto al proprietario del suolo e questo permette di osservare come l'articolo 934 cod. civ. non sia stato pensato per le ipotesi di piantagioni, costruzioni od opere realizzate da un terzo.

Basti guardare anche il successivo articolo 935 cod. civ. il quale si riferisce alle ipotesi di “opere realizzate dal proprietario del suolo con materiali altrui”; la norma ammette esplicitamente che l’autore della costruzione possa essere lo stesso dominus soli; ciò non sembra rappresentare un ostacolo.

Dunque sia l’interpretazione letterale della norma sia l’interpretazione sistematica dell’intero complesso di disposizioni in materia di accessione, depongono a sfavore della terzietà del costruttore come necessario presupposto per l’applicazione dell’istituto.

Ulteriore conferma di quanto appena sostenuto si ricava inoltre dalla costante giurisprudenza della Cassazione sulla proprietà delle costruzioni realizzate da entrambi i coniugi sul suolo di proprietà esclusiva di uno di essi, nell’ambito del regime di comunione legale dei beni, argomento del quale si tratterà in maniera più approfondita nel capitolo seguente. In questa sede basta osservare come la Suprema Corte abbia sostenuto l’operatività del principio dell’accessione con conseguente acquisto della proprietà del bene in capo al dominus soli; dunque anche se vi è coincidenza soggettiva tra il proprietario del suolo e il costruttore.

Il fondamentale precetto contenuto nell’articolo 12 delle disposizioni sulla legge in generale afferma al primo comma che nell’interpretare e applicare la legge è necessario prestare attenzione, oltre “al significato proprio delle parole secondo la connessione di esse”, “all’intenzione del legislatore”. Il legislatore del codice del 1942 con le attuali disposizioni ha voluto segnare un forte distacco dalla definizione puramente nozionistica di accessione contenuta nel vecchio codice, la quale si concludeva per l’appunto con le parole “questo diritto si chiama diritto di accessione”; si tratta, per usare le parole della Corte, “di una disposizione meramente enunciativa di una definizione giuridica priva di immediata efficacia precettiva”. Questo per dire che l’intenzione del legislatore con l’articolo 934 cod. civ. è stata ed è quella di dettare una regola generale di immediata applicazione volta a regolare tutti quei casi in cui un bene risulti essere incorporato al suolo per opera dell’uomo o naturalmente in assenza di una diversa e specifica previsione legislativa. Tra queste fattispecie, a parere della Corte, rientra anche l’ipotesi di costruzione realizzata da uno dei comproprietari sul terreno di proprietà comune.

È la stessa ratio che anima il sistema a privilegiare una tale visione dell’ambito soggettivo di applicazione dell’istituto dell’accessione. L’interpretazione della norma sostenuta dall’orientamento più recente, limitandone la portata, inevitabilmente intacca la valenza e la portata della norma.

Quello che veramente dovrebbe essere vagliato nell’applicazione dell’articolo 934 cod. civ. è il verificarsi della congiunzione materiale del bene al suolo, unico vero presupposto dell’operatività del meccanismo espansivo della proprietà, tralasciando qualsiasi indagine soggettiva sull’autore. Del resto il fatto che un’analisi soggettiva poco si attagli alla natura dell’accessione è confermato anche dall’irrelevanza della volontà sia del costruttore che del proprietario del suolo nell’impedire il verificarsi dell’acquisto della proprietà. Non rilevano in alcun modo gli stati soggettivi di buona o mala fede del costruttore. Anche se egli fosse in buona fede, comunque l’opera realizzata apparterebbe al proprietario del suolo. Il meccanismo dell’accessione opera

automaticamente in maniera oggettiva. Potrà al massimo intervenire un accordo fra i due volto a regolare diversamente il loro rapporto; per esempio attraverso la costituzione di un diritto di superficie in capo al costruttore. Questo poiché le disposizioni in materia di accessione sono volte a tutelare primariamente interessi generali, assicurando che non insorgano conflitti fra più soggetti in merito alla proprietà di un bene, nell'ottica della certezza del diritto.

#### *2.4. Rilievi critici. La natura del rapporto fra l'istituto dell'accessione e la comunione ordinaria.*

Il discusso orientamento giustifica l'applicazione della disposizioni in materia di comunione sul presupposto della loro specialità rispetto alla regola generale posta dall'articolo 934 cod. civ. . L'idea di fondo è quella per cui i due istituti si pongano reciprocamente in un rapporto di genere a specie. Con ciò non si vuole dire che il principio dell'accessione non si ponga in detto rapporto con nessun altro istituto, perché ciò avviene ad esempio nei sopra citati casi di miglorie e addizioni eseguiti dall'usufruttuario o dal conduttore nell'ambito del contratto di locazione; queste sono discipline speciali rispetto alle regole degli articoli 934 e ss. cod. civ. e, dunque, in ossequio al brocardo latino "lex specialis derogat legi generali", prevarranno. Questo sulla base dell'espresso richiamo fatto dalla norma nel suo ultimo inciso in cui si legge "salvo che risulti diversamente dal titolo e dalla legge". Il riferimento può essere esteso, nell'ambito della servitù, alle opere eseguite dal proprietario del fondo dominante per poter conservare la servitù, cercando di recare meno incomodo possibile al proprietario del fondo servente (articolo 1069 cod. civ.); alle addizioni eseguite dall'enfiteuta(articolo 975, terzo comma), dal possessore(articolo 1150, quinto comma), relativamente all'esercizio dello ius tollendi, il quale nelle ipotesi richiamate avviene quasi sempre in deroga all'accessione. Tale elenco, tuttavia, nota la Suprema Corte, non comprende le disposizioni poste a disciplina della comunione, le cui disposizioni peraltro non sono neppure richiamate dall'inciso.

Analizzando le disposizioni di entrambi gli istituti non si rinviene alcun elemento comune che giustifichi l'esistenza di una connessione. La ratio che anima i due istituti non combacia sotto nessun aspetto. Da un lato, infatti, vi sono le norme sull'accessione volte a regolare conflitti fra più soggetti sul medesimo bene in ordine all'aggiudicazione della proprietà dello stesso. Dall'altro vi sono le norme relative alla comunione che regolano casi affatto diversi. Esse mirano, infatti, a disciplinare l'uso che della cosa comune fanno i diversi comproprietari al fine di non pregiudicare i loro rispettivi diritti; a regolare gli obblighi dei partecipanti e l'amministrazione del bene comune; a limitare i casi in cui è consentito ai singoli compiere atti eccedenti l'ordinaria amministrazione o introdurre innovazioni o disporre della cosa nel rispetto delle ragioni delle minoranze. Nessuna di queste disposizioni contempla la possibilità che il singolo partecipante, senza il consenso degli altri comunisti, possa svolgere delle attività sul bene comune volte ad assicurarsi la proprietà dello stesso e ad escludere gli altri partecipanti dal godimento "secondo il loro diritto". Il contenuto di queste

disposizioni non è pensato per incidere sui modi di acquisto della proprietà o per alterare l'assetto della proprietà comune. Basti vedere l'articolo 1102 cod. civ., il quale rappresenta la norma fondamentale in materia di comunione, applicabile peraltro anche alla disciplina del condominio in virtù dell'espresso richiamo operato dall'articolo 1139 cod. civ. . "Ciascun partecipante può servirsi della cosa comune, purchè non ne alteri la destinazione e impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso secondo il loro diritto"; la norma non lascia ampia libertà di manovra al singolo partecipante che non potrà compiere atti che integrino un'alterazione sostanziale del regime giuridico del bene. Lo stesso dicasi per gli articoli 1108 e 1120 cod. civ., vertenti sulle innovazioni rispettivamente nell'ambito della comunione e del condominio; esse sono ammesse, previo consenso degli altri partecipanti, purchè "non pregiudichino il godimento della cosa comune" da parte degli altri.

Se il comproprietario costruisce sull'area comune senza il consenso degli altri partecipanti, viola le disposizioni di cui agli articoli 1100 e ss. cod. civ. , commettendo un vero e proprio atto illecito, in quanto arreca un ingiusto danno ad altri. Ne deriva che illegittima sarà anche la costruzione realizzata sul suolo comune. In tal senso si è pronunciata la Cassazione nello stabilire l'illegittimità, per violazione dell'articolo 1102 cod. civ., di un vano realizzato nel sottosuolo di un fabbricato condominiale, destinato esclusivamente al soddisfacimento di esigenze personali e familiari di uno dei condomini. Tale costruzione di fatti impediva agli altri condomini di fare parimenti uso del sottosuolo "secondo il loro diritto", avuto riguardo in particolare alla vastità dell'area interessata e alla destinazione del vano ad un uso assolutamente incompatibile con la natura condominiale del bene utilizzato. Ne risultava fortemente compromessa la possibilità di ulteriore utilizzazione dell'area nell'interesse comune di tutti i condomini (Cass. civ., sez. II, 21/05/2001, n. 6921).

A tale proposito merita di essere menzionata una recente ordinanza della Corte di Cassazione n. 16260 del 28 giugno 2017, con la quale è stata sancito che le modificazioni effettuate dal singolo condomino al bene di uso comune non rappresentano di per sé violazione dell'articolo 1102 cod. civ. . In particolare è stato evidenziato come un utilizzo più ampio del bene comune posto in essere dal singolo condomino non configura automaticamente una lesione dei diritti degli altri partecipanti. La norma, secondo il parere della Corte, non deve essere letta nel senso che è impedito al condomino di servirsi della cosa comune per fini propri, dal momento che i rapporti condominiali sono ispirati al principio di solidarietà. La modifica è illegittima solo se impedisce agli altri condomini di fare parimenti uso della cosa comune. Nel caso oggetto della pronuncia l'apposizione da parte della condomina di una ringhiera sul lastrico solare e la sostituzione di una finestra con una porta-finestra, non comportavano, a detta della Corte, un impedimento nei confronti degli altri condomini alla possibilità di un futuro utilizzo del lastrico suddetto, né ne limitavano la funzione di copertura e protezione delle unità immobiliari sottostanti. Questo permette di comprendere come nell'applicazione dell'articolo 1102 cod. civ. occorre valutare le modifiche caso per caso, tenendo conto eventualmente anche della conformazione strutturale del fabbricato. L'effettività della lesione va valutata in concreto e non in astratto.

Ritornando al discorso iniziale, mancano, dunque, nelle discipline dei due istituti delle disposizioni che possano dirsi avere la medesima ratio, come emerge ad esempio dal raffronto tra le norme sulla comunione e quelle su condominio negli edifici; certamente queste sono un species delle regole generali poste a disciplina della comunione poiché riguardano il particolare caso in cui al diritto di comunione, potremmo dire forzosa, sulle parti comuni dell'edificio, si affianca il diritto di proprietà esclusiva sulle unità immobiliare da parte dei singoli condomini. Lo scopo di queste disposizioni rimane sempre quello di regolare i rapporti tra comproprietari nell'uso e nel godimento dei beni comuni. Anche qui non viene disciplinato un modo di acquisto della proprietà e non vi è la possibilità per i singoli condomini di pregiudicare i diritti degli altri. È possibile concludere serenamente, dunque, che, non essendo ravvisabile nelle norme poste a presidio della comunione la configurazione di un nuovo modo attraverso il quale possa realizzarsi in capo al singolo comproprietario costruttore l'acquisto della proprietà del bene, queste ultime non possono derogare alla disciplina dell'accessione. Da quanto detto si ricava che non vi sono impedimenti a che i rapporti fra costruttore e proprietario del suolo siano regolati in base alle norme di cui agli articoli 1100 e ss. cod. civ. , i quali disciplinano il godimento della cosa comune e le innovazioni.

#### *2.5. Critica alla tesi per cui il mancato rispetto delle regole sulla comunione darebbe luogo ad un acquisto a titolo originario della proprietà.*

Il punto sicuramente più oscuro e controverso del ragionamento proposto dal secondo orientamento è certamente quello per cui la proprietà del bene diverrebbe comune a tutti i partecipanti alla comunione a patto che vengano rispettate le disposizioni di cui agli articoli 1100 e ss. cod. civ.; contrariamente il mancato rispetto di queste regole comporterebbe l'acquisto esclusivo a titolo originario della proprietà in capo al solo comproprietario costruttore. Si tratta di un ragionamento contorto sotto diversi punti di vista.

In primis, come giustamente fa notare la Corte, il seguente filone giurisprudenziale tende a contraddirsi. Esso, come si è detto, muove dal presupposto che l'accessione non possa trovare applicazione nelle fattispecie esaminate dal momento che risulta derogata dalla disciplina speciale dettata in materia di comunione. Ebbene, esclusa l'operatività dell'accessione, non si comprende sulla base di quale fenomeno giuridico gli altri comunisti acquistino la proprietà della costruzione realizzate conformemente alla disciplina dettata dal codice. Così come ancora più incomprensibile è come uno dei comproprietari, pur violando palesemente le regole relative all'uso della cosa comune, possa trarne vantaggio acquisendo il bene. Si tratta di una soluzione contraria ad ogni logica e contrastante col comune senso di giustizia. Egli, infatti, realizzando la costruzione, occupa la porzione di terreno su cui questa insiste, danneggiando e limitando i diritti che spettano ugualmente agli altri comproprietari sull'intera area. In questo modo la norma di cui all'articolo 1102 cod. civ. risulta svuotata della sua valenza precettiva e della sua forza. L'orientamento oggetto di critica erra nel non considerare la proprietà del suolo su cui insiste la costruzione distinta dalla proprietà

della costruzione, giustificando in questo modo il fatto che il comproprietario costruttore possa acquisirla. Il suolo, al contrario, continua ad appartenere a tutti comunisti, i cui diritti non possono essere limitati senza il loro consenso.

Questo orientamento parrebbe aver configurato un nuovo modo di acquisto della proprietà per via giurisprudenziale. Peraltro basato su un atto illegittimo, perché contrario alle disposizioni codicistiche.

Le forti implicazioni che il principio dell'accessione, così come gli altri diritti reali, hanno sul piano della certezza dei traffici giuridici e della circolazione dei beni e con essi della ricchezza, non possono ammettere un acquisto non fondato su una delle ipotesi espressamente previste dalla legge. In caso contrario il fondamentale e ormai assodato principio di tipicità dei diritti reali e dei modi di acquisto della proprietà risulterebbe svuotato di significato e di contenuto. Di fatti l'elencazione di cui all'articolo 922 cod. civ. termina con l'inciso "e negli altri modi previsti dalla legge", non lasciando, dunque, spazio ad ulteriori forme di acquisto della proprietà che non siano espressamente contemplate dalla legge. Si è di fronte ad una chiara riserva di legge che non ammette deroghe. L'acquisto della proprietà o di altri diritti reali può avvenire esclusivamente nei modi previsti dal legislatore, sia in seno al codice civile con la previsione degli istituti dell'occupazione, dell'invenzione, dell'accessione appunto e così via, ma anche al di fuori del codice; basti pensare ai casi di appropriazione coattiva previsti dal diritto processuale civile e dal diritto pubblico.

Il divieto di creazione, se non in forza di legge, di nuovi modi di acquisto della proprietà è espresso anche dalla Carta Costituzionale. L'articolo 42 Cost. al secondo comma afferma che "la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti". E' la stessa funzione sociale della proprietà che non permette la creazione arbitraria di nuovi modi di acquisto della stessa. Essa muta profondamente "la tradizionale struttura riconosciuta alla proprietà" (M. Costantino). Si passa da una concezione individualistica della proprietà tramandataci dal diritto romano all'esigenza di ridisegnare il coordinamento tra gli interessi dei privati e quelli della collettività. Tale espressione si riconnette a diversi principi tra cui quello solidaristico espresso dall'articolo 2 dei principi fondamentali.

Ulteriori conferme della necessaria riserva di legge provengono anche dalla previsione dell'articolo 834 cod. civ., relativo all'espropriazione per pubblico interesse, secondo la quale "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"; espressione del principio contenuto nel terzo comma del già citato articolo 42 della Costituzione, per il quale "la proprietà può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse generale". Ora, nell'ipotesi di costruzione realizzata dal singolo partecipante, in assenza della volontà degli altri partecipanti alla comunione, non sovviene alcun motivo di interesse generale che giustifichi tale "espropriazione".

Per di più non vi è traccia della corresponsione di alcun indennizzo. Dunque il comproprietario costruttore non ha alcuna legittimazione per poter privare gli altri comunisti della proprietà del bene comune.

Non va trascurato neppure il disposto del secondo comma dell'articolo 1102 cod. civ., il quale impedisce al singolo comunista di estendere il suo diritto sulla cosa comune in danno degli altri partecipanti a meno che non compia "atti idonei a mutare il titolo del suo possesso"; tale estensione del diritto è da intendersi come usucapione di una quota maggiore o dell'intero bene comune da parte del singolo comunista, purchè siano rispettati i requisiti posti dall'articolo 1158 cod. civ. . A tale proposito la recente giurisprudenza della Cassazione ammette che, nell'ipotesi in cui il singolo comunista intenda dimostrare l'intenzione di possedere non a titolo di compossesso ma "uti dominus", non sia necessaria l'interversione del possesso di cui all'articolo 1164 cod. civ. . Tuttavia il "mutamento del titolo" dovrà risultare da atti integranti un comportamento durevole, tali da evidenziare un possesso esclusivo e animo domini della cosa, incompatibile con il compossesso altrui. Non sarebbero sufficienti tutti quegli atti che sono comunque consentiti al singolo compartecipe o tollerati dagli altri (Cass. civ., n.9100, 2018). Identici presupposti, poi, debbono ricorrere anche nell'ipotesi in cui, prima della divisione, il compartecipe, che sia nel possesso esclusivo del bene, decida di usucapire la quota degli altri comunisti, senza che sia necessaria l'interversione del titolo del possesso (Cass. civ., n. 24781, 2017).

### *2.5.1. Creazione pretoria di modi di acquisto della proprietà. "Occupazione appropriativa". Nascita e consolidamento dell'istituto.*

Si è già detto che ai sensi dell'articolo 42, terzo comma della Costituzione, la proprietà privata può essere, nei casi previsti dalla legge e salvo indennizzo, espropriata per motivi di pubblica utilità. Dunque la P.A. ha il potere di acquisire coattivamente beni immobili di proprietà dei privati per finalità di interesse generale. Ed è proprio tale finalità, congiuntamente al pagamento di un indennizzo per il danno subito, che legittima tale acquisizione. L'iter procedimentale si compone di varie fasi che vanno dall'apposizione di un vincolo preordinato all'esproprio, passando per la dichiarazione di pubblica utilità contenente fra l'altro il termine per l'emanazione de decreto di esproprio, la determinazione in via provvisoria dell'indennità, sulla base della presenza da parte del privato della volontà di collaborare, finendo con l'emanazione dell'atto finale, il decreto di esproprio, il quale legittima il privato a pretendere l'indennità. Questa è la procedura classica, assistita da criteri rigorosi, attraverso la quale l'ente pubblico può appropriarsi del bene privato,.

Tuttavia, la riflessione svolta nel paragrafo precedente porta a considerare l'esistenza di ulteriori situazioni in cui è stato prospettato ed addirittura sostenuto l'acquisto del diritto di proprietà sulla base di un comportamento illegittimo, peraltro sempre in riferimento a situazioni in cui si verifica l'incorporazione di un bene al suolo. Il riferimento va a quei casi in cui la Pubblica Amministrazione poteva occupare sine titolo, quindi in assenza di un legittimo provvedimento espropriativo, il suolo privato al fine di realizzare un'opera pubblica, comportandone una radicale trasformazione, con conseguente acquisizione della proprietà del suolo privato.

A tale proposito la giurisprudenza ha coniato in passato l'espressione "occupazione appropriativa", per cui l'occupazione del fondo in proprietà privata con "la radicale trasformazione" dello stesso e la sua "irreversibile destinazione" a fini pubblicistici, comportava la definitiva perdita del diritto dominicale in capo al proprietario del fondo e la contestuale acquisizione, a titolo originario, in capo all'ente costruttore. Non basta, dunque, la semplice occupazione del suolo a determinare l'acquisto del diritto di proprietà; in questi casi infatti il dominus soli o il detentore qualificato avrebbero potuto esperire un'azione di spoglio o di reintegrazione, ripristinando così l'originaria situazione compromessa. Nell'ipotesi oggetto di esame, invece, sono i requisiti della radicale trasformazione e dell'irreversibilità della destinazione a determinare il passaggio di proprietà. La giurisprudenza ha affermato che dovesse trattarsi di "un'attività tale da modificare completamente la natura e la consistenza originaria del fondo"; si veniva a creare in questo modo un nuovo bene, l'opera pubblica, che assorbiva e inglobava il fondo sul quale era collocata, senza alcuna possibilità di separazione; non era sufficiente una mera manipolazione del fondo ma neppure che l'opera fosse ultimata, bastando che avesse già modificato irreversibilmente il fondo. È nel momento in cui si verificano tali requisiti che si consumava l'illecito compiuto dalla P.A. Il fondo in quel momento diventa parte integrante dell'opera pubblica e perde le sue caratteristiche originarie. Da tale momento, inoltre, sorgeva in capo al dominus soli il diritto al risarcimento del danno subito con relativa prescrizione quinquennale sulla base dell'articolo 2947, primo comma. Non avrebbe efficacia sanante la successiva emissione del decreto di esproprio da parte della P.A., poiché non inciderebbe sulla sua responsabilità, essendo il bene oramai entrato nella sfera giuridica dell'ente pubblico.

Quanto detto poggiava le sue basi sulla "rivoluzionaria" sentenza delle SS. UU. della Cassazione, 26/02/1983, n. 1464. La pronuncia prese le mosse dalla constatazione dell'impossibilità dell'esistenza di due distinti diritti di proprietà sul medesimo bene, l'uno del privato e l'altro dell'ente pubblico e, operando una comparazione fra i due interessi, privilegiò quello della P.A. alla stregua di una valutazione di ordine economico-sociale correlata al grado di sviluppo della società civile; questo insieme all'impossibilità di ripristinare lo status quo ante in virtù della trasformazione operata impedisce al proprietario del fondo di ottenere una tutela in forma specifica del suo diritto.

In base alla giurisprudenza anteriore a tale storica sentenza il bene, pur occupato in maniera prima legittima poi divenuta illegittima oppure illegittima ab origine, rimaneva nella proprietà esclusiva del privato, ancorché avesse perso le sue caratteristiche originarie in virtù dell'assoggettamento alla funzione pubblica e per tale motivo non più riportabile allo status quo ante. La sua tutela non poteva che essere di natura risarcitoria per l'illecito subito, a causa della perdita di possibilità di ricavare ulteriormente utilità da quel bene. Non si dubitava tra l'altro che si trattasse di un illecito permanente con conseguente imprescrittibilità dell'azione. Tale natura permanente dell'illecito si evinceva dalla considerazione che la perdita di utilità provocasse un danno che si protraeva nel tempo. Impostazione che venne ribaltata dalla citata sentenza n. 1464 del 26/02/1983 con la considerazione che si trattasse di un

illecito istantaneo ad effetti permanenti, derivante dalla mera protrazione nel tempo degli effetti negativi della condotta illecita. Impostazione ulteriormente precisata successivamente dalla Cassazione con la configurazione di un illecito istantaneo con prescrizione dell'azione in cinque anni.

Era indiscusso che, essendovi stata la dichiarazione di pubblica utilità, l'acquisizione del bene non si fondava su un mero comportamento materiale non sorretto da alcun potere, essendo comunque espressione di un potere della P.A., anche se esercitato in maniera illegittima. Inoltre, l'emissione tardiva del decreto di esproprio sanava l'illegittimità, ad esclusione del periodo di occupazione illegittima che da sola giustificava il diritto del privato al risarcimento, e comportava la definitiva perdita della proprietà da parte dell'espropriato con parallela acquisizione da parte dell'espropriante. Si ammetteva, sino all'intervento di un formale decreto di esproprio che potessero esistere due distinti diritti di proprietà: da un lato quello del privato meramente formale in quanto svuotato del suo contenuto; dall'altro quello della P.A., sorto sì in maniera illegittima, eppure consolidatosi per effetto della irreversibile destinazione del suolo a fini pubblicistici.

Il privato rimaneva sprovvisto di adeguati strumenti di tutela. Egli non poteva adire il G.O. esercitando la tutela possessoria, stante il divieto scaturente dal combinato disposto degli articoli 2 e 4 dell'All. E della legge 2248/1865, i quali impedivano al G.O. di modificare, revocare o, comunque, di incidere su provvedimenti amministrativi oppure di imporre alla P.A. un facere specifico, rappresentato dalla restituzione del fondo al privato. Per altro verso non poteva trovare giustizia neppure presso il G.A., poiché il giudizio dinanzi a un tale organo era rivolto esclusivamente all'annullamento di un provvedimento amministrativo, del quale si contestasse la legittimità; qui, invece, manca del tutto il decreto di esproprio, sostituito da un mero comportamento materiale della P.A. .

Tale sistema venne messo in discussione già prima della sentenza 1464/1983 e, precisamente, con la sentenza della prima sezione della Cassazione 8 giugno 1979, n. 3243, la quale fu d'ispirazione alla prima. Essa affermò che, attraverso la realizzazione dell'opera pubblica, il suolo perde le sue caratteristiche originarie e si viene a formare un nuovo bene, pubblico. “Fonte dell'obbligazione (di contenuto risarcitorio) è pur sempre l'illecito della pubblica amministrazione; e l'affermazione che, con la realizzazione dell'opera pubblica, si esaurisce definitivamente l'attività illecita della pubblica amministrazione e che il privato non ha più diritto ai frutti naturali prodotti dalla cosa, così come la pubblica amministrazione non è più tenuta a corrispondere l'indennità per il mancato godimento del bene (perché la fattispecie acquisitiva/estintiva, che si realizza, non è più lesiva di alcun diritto del privato, già proprietario del bene, e non gli produce alcun danno) vuol dire che, esauritosi l'illecito, non v'è più titolo per successive pretese patrimoniali, ma non anche che le pretese anteriori, comprese quelle dipendenti dalla perdita del bene, non siano riconducibili, tutte, all'attività illecita della pubblica amministrazione”.

La successiva sentenza 1464/1983 intese realizzare un adeguato temperamento fra la tutela della funzione amministrativa, quindi del soggetto pubblico, e la tutela del diritto di proprietà o di altro diritto reale, quindi delle esigenze privatistiche; ciò anche

alla luce del dettato costituzionale. La sentenza parte dal presupposto che nel nostro ordinamento non possano esistere due distinti diritti di proprietà, l'uno in capo al dominus soli e l'altro in capo all'autore dell'opera che si trova sul fondo. La completa impossibilità per il proprietario del fondo di poter godere del bene, a seguito della sua radicale trasformazione per effetto della realizzazione dell'opera pubblica, la quale rende il fondo parte integrante di essa, svuota di contenuto il suo diritto di proprietà. In base a tale orientamento la trasformazione materiale del bene comporta la sua trasformazione giuridica e questo mutamento consiste nell'acquisto a titolo originario del bene da parte dell'ente costruttore, sulla base di un meccanismo simile a quello di cui agli articoli 934 e ss. cod. civ. . Essa pur sostenendo l'inapplicabilità diretta in queste ipotesi degli articoli 936 e seguenti del codice civile, in quanto volte a regolare i rapporti fra privati, non essendo possibile trascurare che in queste ipotesi ci si trovi di fronte ad un'opera pubblica, comunque richiama tali norme, o, per meglio dire, il principio da esse ricavabili, in virtù della somiglianza fra quanto accade nell'ambito privatistico e quanto si realizza nell'ambito pubblicistico, con la sostanziale differenza che in quest'ultimo ambito mancano norme ad hoc che invece sono presenti nel primo. Tale principio si concretizza, in base a tale sentenza, nella predilezione, in caso di conflitto fra proprietario del suolo e costruttore, dell'interesse prevalente fra i due, sulla base di una valutazione economico- sociale. Dunque in mancanza di un'espressa previsione legislativa occorrerà fare riferimento ai principi generali dell'ordinamento, di cui le norme codicistiche sono espressione e, perciò, ad esse è possibile fare riferimento. Tale parallelismo serve alla Corte per spiegare la ragione dell'attribuzione della proprietà sia del suolo che della costruzione al soggetto portatore dell'interesse prevalente, essendo le disposizioni di cui agli articoli 934 e ss. cod. civ. giustificate ma motivi di interesse generale. Il confronto serve anche a sottolineare come non sia estraneo al nostro ordinamento che uno stesso fatto possa essere visto allo stesso tempo sia come elemento costitutivo dell'acquisto della proprietà sia come illecito il quale giustifica il risarcimento del danno arrecato.

Le Sezioni Unite hanno poi avuto modo di precisare gli elementi costitutivi della così detta "occupazione appropriativa"; la quale ha come indefettibile presupposto la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, passando per l'attività manipolatrice del bene altrui, al di fuori del rispetto di qualsiasi modello di comportamento previsto dalla legge, per arrivare, infine, alla realizzazione dell'opera come sua fattispecie conclusiva. La qualità di bene pubblico dell'opera si ricollega ad un mero fatto consistente nella costruzione, purchè effettuata nel rispetto delle caratteristiche che i beni pubblici devono possedere, e ad alla manifestazione di volontà dell'ente pubblico di destinare quel determinato bene a fini pubblicistici; dunque due diverse tipologie di presupposti, uno oggettivo e l'altro soggettivo. L'irreversibilità della destinazione peraltro si realizza solo col completamento dell'opera pubblica, non essendo improbabile che essa una volta iniziata non venga poi portata a termine per qualsiasi motivo.

Tuttavia, tale orientamento non è rimasto esente da critiche. In particolare occorre riportare quanto affermato dalla prima sezione della Cassazione 8 ottobre 1992, n. 10979, la quale riconsiderò il contenuto della pretesa del privato.

In particolare tale pronuncia distinse il piano possessorio da quello acquisitivo e sostenne la diretta applicabilità degli artt. 936 e ss. cod. civ., enucleando sulla base delle regole ivi contenute, una regola sulla quale fondare la costruzione giuridica della fattispecie. Essa, richiamando appunto le disposizioni codicistiche, affermò che il privato non avesse diritto al risarcimento del danno ma al pagamento del valore che il bene aveva al momento in cui è stato acquistato a titolo originario dalla P.A., secondo quanto previsto per i privati, unitamente alla previsione di un termine di prescrizione decennale. Questo perché, a parere della prima sezione, il giudizio circa la liceità o l'illiceità dell'azione della P.A. dovrebbe ricadere esclusivamente sul profilo dell'occupazione, quindi del possesso, mentre lo stesso non potrebbe dirsi per l'acquisizione del bene privato all'ente pubblico. L'occupazione da parte della P.A. non sarebbe la causa dell'acquisto della proprietà ma un semplice antecedente storico. L'irreversibile trasformazione del fondo in opera pubblica non rientrerebbe nell'ambito del fatto illecito della P.A., rappresentando, invece, la fonte dell'acquisto della proprietà in capo all'ente pubblico e dell'obbligo al pagamento del controvalore.

Sul punto intervennero tempestivamente le SS. UU. Della Corte di Cassazione con la sentenza 25/11/1992, n. 12546. Le pronunce difformi, applicando direttamente le norme in materia di accessione, avevano ricavato da tale principio una regola equivalente da applicare in ambito pubblicistico. Tuttavia, osserva la Corte, le due regole possono avere la medesima ratio, esplicantesi nell'impossibilità di concepire distinti diritti di proprietà, l'uno sul suolo e l'altro sul bene in capo al costruttore, a protezione dei traffici giuridici e della certezza del diritto; ad eccezione dell'ipotesi in cui il proprietario del suolo consenta ad un terzo di "fare e mantenere al disopra del suolo una costruzione", il quale ne acquista la proprietà. La radice comune delle due regole non implica che comuni debbano essere anche le conseguenze patrimoniali e che, quindi, le due regole debbano operare in maniera perfettamente identica. Non può applicarsi in maniera diretta sul versante pubblicistico una regola dettata per regolare i rapporti fra privati. Si potrà al massimo ricercare una regola simile. Diverse, infatti, sono le esigenze che le regole in esame, quelle previste per l'accessione e quella desunta dai principi generali dell'ordinamento, intendono soddisfare. La preoccupazione delle prime, infatti, è quella di stabilire primariamente a chi spetti la proprietà del bene e solo secondariamente si preoccupano di regolare i profili economici del rapporto. Al contrario la seconda punta a stabilire quali siano le conseguenze dell'attività illecita posta in essere dalla P.A. . L'acquisto del bene in capo al soggetto pubblico avviene perché risulta impossibile la restituzione, dal momento che dell'opera pubblica può essere titolare solo l'ente pubblico occupante. Inoltre nella disciplina codicistica, l'illecito non è necessariamente elemento costitutivo della fattispecie e peraltro è eventuale; mentre sul versante pubblicistico il venir meno della P.A. al rispetto delle regole concernenti l'espropriazione per pubblica utilità, con conseguente commissione dell'illecito, è elemento fondante della fattispecie. A differenza di quanto sostenuto dalla prima sezione nella sentenza 10979/1992, nell'ambito dell'illecito si inseriscono sia l'occupazione del fondo sia il suo irreversibile assoggettamento alla funzione pubblicistica, dal quale scaturisce l'impossibilità della sua restituzione e, come si è detto, l'acquisto della proprietà del

fondo e del bene da parte della P.A. . Il valore del bene, dunque, costituirà al massimo criterio di determinazione dell'entità della pretesa risarcitoria vantata dal privato e non, come sostenuto dalla prima sezione, controvalore.

Va tenuto presente come a partire dalla metà degli anni '90, sul presupposto che l'articolo 5 bis della legge 359/1992, recante misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica, prevedeva un indennizzo per le occupazioni illegittime ancorato alla "causa di pubblica utilità", giunse a distinguere l'occupazione sorretta a monte da una dichiarazione di pubblica utilità, così detta appropriativa o acquisitiva, dall'occupazione posta essere in mancanza di una tale dichiarazione, poi denominata occupazione "usurpativa"; e negò che in tale ultima ipotesi potesse verificarsi il meccanismo acquisitivo della proprietà del fondo del privato, non sussistendo l'interesse pubblico. La Corte notò, infatti, come in tale disposizione vi fosse un collegamento teleologico tra l'occupazione, anche se illegittima, e le finalità pubblicistiche perseguite dalla procedura espropriativa (Cass. civ., sez. I, 10-01-1998, n. 148). Il privato in questo caso aveva diritto alla restitutio in integrum pur se l'opera fosse stata integralmente eseguita, difettandosi il primo dei presupposti necessari della così detta "espropriazione sostanziale", dal potersi evincere l'interesse pubblico perseguito ( Cass. civ., sez. I, 15-12-1995, n. 12841). Ancora la Corte in quegli anni ha avuto modo di affermare che in mancanza della dichiarazione di pubblica utilità " ne consegue che qualora l'atto in cui essa è implicita (approvazione del progetto dell'opera) sia carente dei termini, iniziali e finali, per l'esecuzione dei lavori ed il compimento della procedura espropriativa, la cui indicazione era imposta dall'art. 13 l. 25 giugno 1865 n. 2359, senza possibilità di successive indicazioni a sanatoria, al fine garantistico di non lasciare il privato indefinitamente esposto alla vicenda ablatoria, la carenza del potere espropriativo, da cui deriva l'inidoneità della procedura ad affievolire la pienezza del diritto dominicale, determina l'illegittimità ab origine dell'occupazione d'urgenza e l'illiceità permanente dell'opera pubblica, che oltre a legittimare la richiesta di restituzione del bene, impedisce la decorrenza del termine prescrizionale dell'azione di risarcimento che il privato ritenga di proporre, abdicando implicitamente alla proprietà." (Cass. civ., sez. un., 04-03-1997, n. 1907).

Il risarcimento, poi, non essendo collegato col fine pubblico, doveva liquidarsi nelle forme ordinarie e non secondo i criteri stabiliti per l'indennizzo dalla legge 359/1992. Vi era, dunque, alla base della tutela risarcitoria e non solo restitutoria l'idea che la modificazione del suolo a seguito della realizzazione dell'opera pubblica, ne comportasse la inutilizzabilità e di conseguenza la perdita.

Dunque nell'ipotesi dell'occupazione acquisitiva, il privato perdeva la proprietà non a seguito dello svuotamento del diritto, avendo l'opera pubblica modificato irreversibilmente il fondo sul quale insiste, bensì in conseguenza della eventuale richiesta di risarcimento, dal momento che da una tale richiesta si evinceva la rinuncia del privato alla proprietà sul terreno con effetto abdicativo e non traslativo del diritto, dal momento che non era prevista un'automatica acquisizione del bene in capo all'amministrazione occupante.

Su tali questioni è intervenuta anche la Corte Costituzionale in merito alla legittimità costituzionale dell'estensione della disciplina contenuta nella legge 27 ottobre 1988, n.

458, intitolata “Concorso dello Stato nella spesa degli enti locali in relazione ai progressi maggiori oneri delle indennità di esproprio.”. L’articolo 3 della legge statuisce che “Il proprietario del terreno utilizzato per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata e convenzionata, ha diritto al risarcimento del danno causato da provvedimento espropriativo dichiarato illegittimo con sentenza passata in giudicato, con esclusione della retrocessione del bene”. Dopo alcune iniziali perplessità, il parere favorevole della Consulta all’estensione del presente articolo alle ipotesi di mancanza di provvedimento amministrativo, contenuto nella sentenza del 27 dicembre 1991, n.486, fornì finalmente una base normativa per la regolazione della fattispecie. Tuttavia, muovendo le basi dal caso da cui scaturì il giudizio della Consulta, sfociato nella dichiarazione di incostituzionalità, la prima sezione della Cassazione nella citata sentenza 10979/1992, ebbe modo di criticare tale estensione. Infatti il giudizio aveva ad oggetto la restituzione di terreni privati utilizzati per la costruzione di alloggi di edilizia residenziale da parte di cooperative delegate dal comune. In tale ipotesi mancavano del tutto i presupposti per la realizzazione dell’effetto acquisitivo dei terreni in capo all’ente territoriale, non essendoci alcuna procedura espropriativa; inoltre, mancando sia il requisito dell’irreversibile destinazione del suolo privato a divenire parte integrante dell’opera pubblica sia l’appartenenza a un soggetto pubblico, non poteva trovare spazio l’accessione invertita in favore di cooperative o privati. Sulla base di questo la prima sezione negò l’idoneità della norma racchiusa nell’articolo 3 della predetta legge a risolvere il dubbio circa la natura dell’azione spettante al privato volta al pagamento del valore del bene occupato in maniera irreversibile e al termine di prescrizione applicabile. S’detta della prima sezione con tale previsione legislativa non si è voluto stabilire il fondamento dell’espropriazione sostanziale né sostituire la definizione formatasi nella giurisprudenza con una definizione legislativa, non essendo stato proposto alcun inquadramento della accessione invertita tra le disposizioni del codice civile o tra le leggi speciali sui modi di acquisto della proprietà; non è stato neppure stabilito se si tratti di un acquisto a titolo originario o derivativo; oppure ancora se la proprietà del suolo, sfruttato per finalità di edilizia residenziale pubblica, resti in capo all’espropriante sostanziale. In sostanza secondo la sentenza 10979/1992 lo scopo della norma sarebbe stato solo quello di tutelare l’edilizia agevolata e condizionata, la quale, poiché non rientra nella giurisprudenza sull’accessione invertita, non avrebbe potuto evitare l’effetto restitutorio in assenza del decreto di espropriazione o nel caso in cui questo fosse annullato.

Tuttavia, notarono le SS.UU della Cassazione, tale norma non si poneva in contrasto con la configurazione della natura dell’azione del privato in termini risarcitori ma, al contrario, la confermava. Anzi è proprio di tale configurazione della fattispecie che la norma ha tenuto conto, ricomprendendovi la tutela di un interesse solo indirettamente pubblico, ma che non riguarda un’opera pubblica; senza il riconoscimento legislativo, la posizione degli assegnatari di alloggi edificati mediante occupazione abusiva, pur se strutturalmente analoga a quella dell’ente beneficiario dell’opera pubblica, non avrebbe ricevuto tutela. La stessa Corte Costituzionale nella citata sentenza prese atto del fatto che l’articolo 3 della legge fosse comunemente inteso come applicazione nello specifico settore dell’edilizia residenziale pubblica della così detta accessione invertita

o occupazione appropriativa. Prima dell'introduzione della norma un tale fenomeno poteva realizzarsi solo per un parte delle ipotesi di edilizia residenziale pubblica, ossia per le ipotesi di opere realizzate da soggetti pubblici, restando fuori le ipotesi di opere realizzate da soggetti privati; il che spiega perché la norma taccia dell'edilizia sovvenzionata, rispetto alla quale era già operante l'accessione invertita nella precedente costruzione giurisprudenziale e mette in luce che la disposizione stessa comporta l'estensione della fattispecie acquisitiva «accessione invertita» alle altre forme di edilizia residenziale pubblica, che, concretandosi in costruzioni facenti capo alla mano privata, non potevano dar vita ad entità materiali qualificabili come opere pubbliche. Da quanto appena detto si comprende come l'articolo 3 non esprima una norma eccezionale, operando unicamente il riconoscimento e successivamente l'estensione di una regola, elaborata in senso alla giurisprudenza di legittimità e valevole per tutte le opere pubbliche, alle ipotesi dell'edilizia residenziale pubblica inizialmente sottratte alla sua applicazione per le ragioni su dette.

### *2.5.2. Critica e recenti sviluppi giurisprudenziali.*

La Corte di Cassazione nelle sentenze appena esaminate ha addotto numerose argomentazioni volte a giustificare l'acquisto da parte della P.A. volte a giustificare l'acquisto di beni appartenenti a privati, pur attraverso il compimento di atti illeciti. Tuttavia, tutte queste argomentazioni non riescono a mascherare il fatto che si fosse giunti a prospettare la creazione per via pretoria di un nuovo modo di acquisto della proprietà a titolo originario, sprovvisto di un vero supporto normativo ed anzi in contrasto con diverse previsioni normative. Si trattava di un indirizzo maggiormente rivolto alla sanatoria del comportamento illecito posto in essere dalla P.A., tanto che si è coniata a tale proposito l'espressione "acquisizione sanante", ossia di una procedura illegittima sanata per effetto della trasformazione irreversibile del bene. Peraltro con scarsissima tutela del cittadino danneggiato che vedeva la propria azione di risarcimento, pari al valore venale del bene, tramutarsi da vantaggio in vero e proprio onere in forza della prescrizione quinquennale dell'azione. La stessa P.A. non esce totalmente vittoriosa da una tale ricostruzione, dal momento che dovrà sopportare un non indifferente peso economico, rappresentato per l'appunto dal risarcimento, che può rappresentare una vanificazione dell'interesse pubblico che si intendeva salvaguardare. D'altronde numerose sono state le critiche intervenute dopo l'emanazione della sentenza 1464/1983, anche ad opera della giurisprudenza immediatamente successiva. I giudici di merito evidenziarono come non fosse possibile parlare di estinzione del diritto di proprietà per il solo fatto che fosse impedito al dominus soli di godere del bene occupato; egli, infatti, conservava comunque i poteri di azione recuperatoria e risarcitoria che sono pur sempre parte integrante del diritto di proprietà. Tale linea di

pensiero trovò ulteriore conferma nella pronuncia della Cassazione 18/04/1987, n. 3872, in base alla quale le sentenze favorevoli alla validità dell'acquisto nella mano pubblica dei terreni dei privati irreversibilmente modificati trascuravano di considerare il fondamentale principio dell' "elasticità del diritto di proprietà". In virtù di tale principio il diritto di proprietà può subire delle compressioni per effetto della concorrenza di altri diritti; tuttavia il diritto rimane integro e, una volta cessato il diritto che lo comprime, si riespande riacquistando la sua pienezza. Basti pensare alla pressione che il diritto del proprietario del fondo subisce per effetto della costituzione sul medesimo fondo del diritto di enfiteusi in capo a un altro soggetto; egli ha la facoltà di godimento pieno ( dominio utile) sul fondo e ben poco resta, dunque, del diritto di proprietà, il quale ad ogni modo continua a persistere in capo al dominus soli; con l'estinzione del diritto enfiteutico il diritto si riespande, restituendo al proprietario piene facoltà di godimento e di disposizione del bene. Dunque, osserva la sentenza, se questo vale nell'ambito del lecito, a maggior ragione dovrebbe valere nell'ambito dell'illecito e, certamente, non si può considerare in modo differente l'illecito solo perché messo in atto dalla P.A. . Si potrebbe obiettare che in questo caso la compressione del diritto di proprietà assuma i caratteri della definitività, essendo il bene, come più volte detto, irreversibilmente destinato a fini di utilità pubblica; che, dunque, non sia paragonabile alla compressione subito dal dominus soli per effetto del diritto di enfiteusi o del diritto di usufrutto sul suo terreno da parte di un altro soggetto; epperò va considerato che nonostante una tale compressione portata fino agli estremi, nel caso in cui l'opera pubblica perisca, il privato non avrà bisogno di fare nulla per riacquistare la proprietà, non avendolo mai perduto. La sentenza non condivide neppure l'assunto per cui sia necessario ricorrere ai principi generali dell'ordinamento in assenza di una disciplina positiva; tale disciplina, infatti, esiste se è vero che la legge disciplina compiutamente i modi di acquisto della proprietà elencati dall'articolo 922 cod. civ.; se ne ricava che per volontà di legge la P.A. acquista la proprietà dei beni esclusivamente nei casi e nei modi previsti dalla legge stessa. Per poter sostenere la tesi della criticata giurisprudenza bisognerebbe ignorare l'antico principio espresso dagli articoli 934 e 936 cod. civ., in virtù dei quali qualunque costruzione esistente sopra o sotto il suolo appartiene al proprietario di esso ed egli acquista la costruzione eseguita dal terzo con materiali propri; e non varrebbe nell'attuale assetto politico sostenere che il privato debba necessariamente soccombere perché portatore di un interesse individuale, inferiore all'interesse collettivo facente capo alla P.A.; bisogna anche tenere conto della meritevolezza della protezione del privato cittadino nei confronti dei pubblici poteri. Riguardo le perplessità di una parte della dottrina relativamente all'operare del meccanismo dell'accessione nei rapporti fra privati e P.A., la sentenza replica che il secondo comma dell'articolo 822 cod. civ. afferma che "fanno parte del demanio pubblico, se appartengono allo Stato,..." , ammettendo in questo modo che le opere pubbliche elencate possano appartenere anche a privati; non vi sono, dunque, ostacoli all'applicazione del meccanismo dell'accessione in favore dei privati nei rapporti con la P.A. . Questo dimostra, inoltre, come la costruzione dell'opera pubblica tramite l'occupazione abusiva da parte della P.A. violi il disposto del citato secondo comma dell'articolo 822; se in base alla norma l'appartenenza

dell'opera al demanio pubblico ne presuppone l'acquisto della proprietà, come si ricava dall'inciso "se appartengono allo Stato", dire che la semplice costruzione dell'opera pubblica determina l'acquisto della proprietà della stessa in capo alla P.A. si pone in evidente contrasto con la norma. Tale ipotesi potrebbe valere solo per i beni di cui al primo comma dell'articolo in questione, ossia i beni facenti parte del così detto demanio necessario dello Stato, i quali non possono appartenere ai privati; ma certamente non per i beni che di tale gruppo non fanno parte. Si è preteso con tali decisioni oggetto di critica di considerare diversamente il fenomeno dell'incorporazione al suolo solo perché si tratta di un'opera pubblica; tuttavia a ben vedere sul piano della realtà fenomenica non sembrano sussistere tutte queste differenze rispetto all'opera realizzata da un privato sul suolo altrui; anche qui l'edificio rappresenta un bene nuovo rispetto al suolo impiegato per sua realizzazione. Dunque se per queste ipotesi è possibile applicare le disposizioni di cui agli articoli 934 e ss. cod. civ., non si vede perché non possano essere applicate in tali ipotesi di costruzione di opera pubblica che, come si è visto, sono sostanzialmente identiche. La sentenza osserva anche come tali pronunce non spieghino la situazione anteriore alla scadenza del periodo di occupazione legittima; infatti se l'acquisto della proprietà, nel caso in cui l'opera sia ultimata prima, è subordinato allo scadere di tale periodo, si dovrebbe ammettere che in tale periodo siano coesistiti due diritti di proprietà; questo però rappresenta una vera e propria contraddizione, dal momento che la sentenza 1484/1983 muoveva la sua tesi sul presupposto che non possano esistere due distinti diritti di proprietà. Si è provato a trarre un principio generale, valevole a fondare la validità di tale acquisto della proprietà in capo al soggetto pubblico, dall'articolo 938 cod. civ.; in base a tale disposizione, "se nella costruzione di un edificio si occupa in buona fede una porzione del fondo attiguo, e il proprietario non fa opposizione entro tre mesi dal giorno in cui ebbe inizio la costruzione, l'autorità giudiziaria, tenuto conto delle circostanze, può attribuire al costruttore la proprietà dell'edificio e del suolo occupato". Si discorre di accessione invertita perché si verifica l'effetto esattamente opposto a quello previsto in caso di accessione. Qui è il costruttore che attrae nella sua proprietà la porzione di fondo sulla quale insiste la sua costruzione; non è il proprietario del fondo ad acquisire la proprietà dell'edificio in forza della sua incorporazione nel suo fondo. La norma si riferisce alle ipotesi di costruzione solo parzialmente insistente sul suolo altrui, contrariamente a quanto avviene in caso di occupazione del fondo privato ad opera della P.A.; inoltre prevedendo nell'ultimo comma che il costruttore sia tenuto a pagare al dominus soli il doppio del valore della superficie occupata, oltre al risarcimento dei danni, ne sottolinea l'illegittimità ai sensi dell'articolo 2043 cod. civ.

La buona fede del costruttore si traduce nella convinzione che la sua proprietà abbia confini più ampi di quelli reali, a tal punto da ritenere che gli appartenga una porzione del fondo attiguo ( Cass. civ., sez. II, 12/04/2018, n. 9093). Tuttavia non può non rilevarsi che si tratti di una norma eccezionale rispetto alle altre in tema di accessione, derogativa anche di quella che è l'essenza stessa del diritto di proprietà, ossia "il diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo" (art. 832 cod. civ.) (Cass. civ., sez. II, 16/03/2011, n. 6177). La disposizione, inoltre, richiede tutta una serie di

requisiti, quali la buona fede del costruttore o “la mancata opposizione del dominus soli entro tre mesi dal giorno in cui ebbe inizio la costruzione”, che non è dato ritrovare nell’ipotesi di costruzione di opera pubblica; ma vi è di più perché non si può neppure discorrere a proposito dell’articolo 938 cod. civ. di acquisto a titolo originario, dal momento che detto acquisto non opera automaticamente ma in forza di una sentenza emessa dall’autorità giudiziaria con valenza costitutiva del diritto ed efficacia traslativa della proprietà dell’area occupata, concretandosi, dunque, un acquisto a titolo derivativo.

Interessanti sono le considerazioni svolte sull’argomento da M. Paradiso, il quale analizza i presupposti di questo presunto modo di acquisto della proprietà. L’indirizzo fin qui prospettato poneva a fondamento dell’acquisto della proprietà la radicale trasformazione del bene e l’irreversibile destinazione dello stesso a fini pubblicistici. Si è già detto che in virtù di ciò il suolo perderebbe le sue caratteristiche originarie; secondo l’autore si realizza in sostanza un fenomeno molto simile alla distruzione del bene nella sua materialità che comporterebbe l’acquisto della proprietà in capo all’ente pubblico portatore dell’interesse prevalente, secondo principi che sarebbero desumibili dall’istituto dell’accessione. Senonché tali principi non esistono; il mutamento della realtà che si verifica con l’accessione, infatti, ha valore meramente descrittivo; un’eventuale distruzione dell’oggetto potrebbe avvenire solo quando si venga a formare un sol tutto, nel quale però troverà applicazione l’articolo 939 cod. civ. sull’unione e commistione di cose, il quale prevede non già una proprietà esclusiva ma una comproprietà del bene, “in proporzione del valore delle cose spettanti a ciascuno”. Tuttavia, anche nell’ipotesi in cui tali principi esistessero, comunque non varrebbero per il suolo che non può essere oggetto di un’alterazione sostanziale, se considerato nella sua funzione di piano che sorregge le strutture che su di esso insistono; esso ha sempre costituito il bene principale al quale accedono le cose unitevi; perfino nelle ipotesi di accessione invertita l’attribuzione della proprietà del bene in capo al costruttore avviene tramite sentenza di natura costitutiva.

Altresì non convince l’idea per cui alla base dell’acquisto vi sia l’estinzione del diritto in capo all’originario proprietario, a seguito della radicale trasformazione del bene. Nei modi di acquisto a titolo originario e, in particolare, nell’accessione, ai cui principi la giurisprudenza di legittimità nella sentenza ha voluto rifarsi, tale effetto estintivo del diritto nei confronti del dominus soli si pone su di un piano meramente secondario, mentre ciò che rileva è il fatto positivo dell’attribuzione della proprietà. Alterando la valenza del fattore positivo, costituito dall’acquisizione, e del fattore negativo, rappresentato dall’effetto estintivo, si snatura completamente l’istituto dell’accessione. A parere dell’autore, inoltre, la giurisprudenza oggetto di critica confonde la causa dell’acquisto con il titolo di acquisto: solo la prima è riconducibile al fenomeno dell’incorporazione, mentre il secondo deve necessariamente trovare un riscontro normativo, “non potendosi identificare con lo stesso fatto materiale assunto a presupposto del preteso mutamento giuridico”. Peraltro l’incorporazione riguarda le ipotesi di opere unite al suolo e non il suolo stesso.

Per circa un ventennio l’orientamento elaborato dalle SS. UU. Della Cassazione 12546/1992 ha rappresentato la disciplina applicabile alle ipotesi di occupazione sine

titolo dei terreni dei privati, irreversibilmente trasformati, ad opera della P.A. . Sembra incredibile come un tale orientamento sia risultato così granitico da sopravvivere fin quasi ai giorni nostri. Tanto più se si pensi che vige nel nostro ordinamento il fondamentale principio di legalità, sulla base del quale ogni attività posta in essere dai pubblici poteri deve trovare fondamento nella legge. Non si spiega, quindi, come un ente pubblico possa privare un privato di un bene che gli appartenga in assenza di qualunque base normativa.

### *2.5.3. L'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'orientamento consolidatosi nella recente giurisprudenza di legittimità.*

Non sorprende a questo punto che sul fenomeno della così detta “occupazione appropriativa” sia intervenuta la Corte europea dei diritti dell'uomo lamentando la violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. L'articolo 1 del Protocollo numero 1 alla Convenzione recita: “Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei propri beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge dai principi generali del diritto internazionale”. Nonostante la neutra espressione “diritto al rispetto dei propri beni”, oggetto di protezione da parte della norma è il diritto di proprietà, che può essere inficiato, stando alla lettera dell'articolo, esclusivamente “per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge”. Dunque si sottolinea ancora una volta la necessaria riserva di legge per poter incidere sul diritto di proprietà e sui diritti reali in genere. Ebbene la Corte di Strasburgo con la sentenza 9/02/2006 nella causa Prenna e altri co. Italia ebbe a pronunciarsi definitivamente sulla questione statuendo che l'occupazione acquisitiva di aree private per la realizzazione di opere pubbliche viola sempre e comunque il disposto di cui all'articolo 1 del Protocollo alla Convenzione. Il caso, dal quale la decisione trae origine, concerneva l'occupazione d'urgenza di alcuni appezzamenti di terreno in una zona residenziale del Comune stesso al fine di realizzare un complesso scolastico polivalente. Decorsi circa quattro anni dall'occupazione d'urgenza, senza che fosse emanato il relativo decreto di espropriazione, le aree occupate subivano la loro definitiva ed irreversibile trasformazione conseguente alla realizzazione del suddetto complesso scolastico.

A quel punto, poiché alcuna indennità era stata pagata né offerta, i proprietari delle aree citavano in giudizio la Provincia di Macerata affinché venisse determinata, preso atto ormai dell'ultimazione dell'opera pubblica programmata, l'indennità dovuta commisurata al reale valore di mercato del bene sottratto in via di fatto. Nell'aprile/2001, i proprietari ricorrevano anche alla Corte di Strasburgo per lamentare la violazione dell' art. 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione dei Diritti dell'Uomo in relazione alla fattispecie di occupazione appropriativa della quale gli stessi erano stati vittime.

La vicenda permette innanzitutto una breve riflessione sulla “deformazione legislativa dell’istituto dell’occupazione d’urgenza”, per usare le parole di Roberto Caso in nota a sentenza Cassazione 25/11/1992, n. 12546. L’emissione del decreto di occupazione d’urgenza avviene nei casi in cui, tenuto conto della particolare natura delle opere da realizzare, risulti necessario iniziare subitaneamente i lavori di costruzione, senza dover sottostare alle normali lungaggini della procedura di espropriazione per pubblica utilità. Differisce dagli altri casi di occupazione, quali quella temporanea o quella dettata da cause di forza maggiore, poiché non prevede al termine la restituzione del bene, dal momento che, a seguito dell’emanazione del decreto di esproprio, tale occupazione si tramuterà in definitiva. L’uso distorto di tale forma di occupazione, la quale avrebbe dovuto essere una fase non necessaria e puramente interinale del procedimento espropriativo, ha portato l’allungamento del periodo di occupazione a cinque anni; periodo che, peraltro, aumenta se si considera il lasso di tempo intercorrente fra la dichiarazione di pubblica utilità e l’emanazione del decreto di occupazione d’urgenza. Situazione peggiorata dalla lentezza della macchina amministrativa che il più delle volte non è in grado di giungere all’emanazione del decreto di esproprio, mentre i lavori procedono a ritmi più elevati. Accade così, come nota Caso, che si riesca a ultimare interamente, o quasi del tutto, i lavori prima dello spirare del termine di occupazione. Tali inconvenienti portarono persino il legislatore ad eliminare l’istituto dal testo originario del DPR 327/2001, testo unico sull’espropriazione per pubblica utilità. Tuttavia le notevoli pressioni esercitate dalle P.A. esproprianti portarono alla sua reintroduzione per il tramite dell’articolo 22 bis, con la previsione di rigorosi presupposti volti a limitarne l’utilizzo.

Ritornando al tema dell’occupazione appropriativa, la Corte europea aveva avuto già in passato modo di esprimersi sulla vicenda; precisamente con le pronunce risalenti relative ai casi *Belvedere alberghiera c. Governo italiano* e *Carbonara e Ventura c. Governo italiano*. La Corte sostenne come non possa qualificarsi come espropriazione alla quale sia mancato, per poterla considerare legittima, il pagamento di una equa indennità in favore del privato ma va considerata come un vero e proprio spossessamento senza titolo; sulla base di ciò la più adeguata tutela del privato è offerta dalla restituzione del bene, oltre al risarcimento dei danni; in ossequio all’articolo 41 della Convenzione, il quale afferma: “ Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell’Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un’equa soddisfazione alla parte lesa.”. La Corte nota come sia inammissibile che la P.A. possa trarre beneficio da un comportamento illegittimo ed escludendo la restituzione del bene al proprietario nonostante l’annullamento giurisdizionale degli atti della procedura espropriativa, costituisce violazione del principio di legalità di cui all’art. 1 del protocollo n. 1 alla convenzione europea dei diritti dell’uomo.

Inoltre viene messo in risalto in questa pronuncia come l’istituto non poggi le sue fondamenta su “norme interne sufficientemente accessibili, precise e prevedibili” e neppure conformi al diritto internazionale, come richiesto dal Protocollo numero 1 alla Convenzione, data la contraddittorietà delle applicazioni giurisprudenziali; manca, in

particolare, il requisito della prevedibilità “in quanto gli interessati acquistano certezza circa l’effettiva applicazione dell’istituto, e la conseguente privazione del bene ricondotta al momento del completamento dell’opera pubblica, solo a seguito del giudicato, peraltro nell’ambito di un ordinamento che non prevede che il giudice sia vincolato dai precedenti giurisprudenziali.”. E ancora, come si è già avuto modo di osservare, non tutela adeguatamente il privato il fatto che il risarcimento del danno non avvenga automaticamente ma debba essere richiesto nel termine prescrizione di cinque anni.

Tale primo intervento della Corte europea non riuscì a porre fine all’orientamento consolidatosi in quel tempo nella nostra giurisprudenza. Esso ebbe, tuttavia, il merito di indurre il legislatore a introdurre nell’ordinamento l’articolo 43 del DPR 327/2001 rubricato “Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico”; esso intese fornire all’acquisto del diritto in capo al soggetto pubblico un fondamento legittimo rappresentato da un titolo formale, il provvedimento amministrativo acquisitivo; tale titolo giuridico consente alla P.A. di acquisire il bene utilizzato e trasformato per fini di interesse pubblico, pur in assenza di un valido decreto di esproprio o della dichiarazione di pubblica utilità. Il legislatore ha voluto fornire una solida disciplina legale al fenomeno dell’occupazione appropriativa. Se si pone l’attenzione sui requisiti di contenuto che tale provvedimento richiede per essere valido si comprende come si sia compiuto un decisivo passo in avanti in termini di civiltà giuridica; esso, infatti, deve contenere un’accurata valutazione degli interessi in conflitto e un’altrettanto compiuta esposizione delle motivazioni della rilevanza dell’interesse pubblico da soddisfare tali da indurre la P.A. a privare il cittadino del bene di sua proprietà; inoltre deve dare atto delle circostanze che hanno condotto all’indebita utilizzazione del bene indicando, ovi risulti, la data in cui la stessa si è verificata (43.2. lett. b); determina la misura del risarcimento del danno disponendone il pagamento nel termine di trenta giorni (43.2. lett. c); deve porre in rilievo la circostanza della modificazione del bene (43.3.1). Si tratta di requisiti molto stringenti che mettono in risalto il carattere eccezionale dell’istituto e ne impediscono l’abuso. Veniva in questo modo recuperato il principio di legalità poiché non è più la costruzione dell’opera pubblica con relativa modificazione del bene privato a legittimare l’acquisto della proprietà in capo all’ente pubblico, bensì un provvedimento formale, la cui emanazione richiede un’attenta disamina degli interessi in gioco; non si tratta più di un processo di acquisizione automatica e senza alcun riguardo alle esigenze privatistiche che nell’attuale assetto politico del nostro ordinamento meritano di essere rispettate e salvaguardate. La modificazione del suolo è un fatto che rimane ma non può più considerarsi seriamente rilevante per l’acquisto della proprietà. Da ciò consegue che la mancata emanazione del provvedimento acquisitivo legittima il privato a pretendere la restituzione del bene, che potrà essere impedita esclusivamente nel caso in cui egli di sua iniziativa vi rinunci. Gli stringenti requisiti contenutistici richiesti per l’emanazione di tale provvedimento, inoltre, lo rendono sindacabile e l’esercizio della discrezionalità da parte della P.A. risulta grandemente circoscritto, oltre che vagliabile in sede giurisdizionale (Cons. di Stato, adunanza plenaria, decisione 29/04/2005, n. 2).

Tema ampiamente dibattuto in giurisprudenza è stato quello relativo alla retroattività o meno della norma, che ha visto opporsi da un lato il giudice ordinario, favorevole alla tesi della non retroattività, e dall'altra la prevalente giurisprudenza amministrativa, sostenitrice, al contrario, della tesi della retroattività.

Come già accennato l'introduzione di questa norma non riuscì a scalfire del tutto l'orientamento consolidatosi in seno al giudice di legittimità, il quale, infatti, continuò a riconoscere ancora l'esistenza e la validità dell'occupazione appropriativa.

Nella sentenza 5902/2003 essa, innanzitutto, affermò che l'istituto dell'occupazione acquisitiva non va confuso "con la generica ed indeterminata apprensione sine titolo da parte di un ente pubblico, per qualsivoglia ragione e fine, di un bene immobile del privato"; esso, infatti, a parere della Corte, poggia le sue basi su regole chiare, precise e prevedibili, le quali hanno reso oramai tale orientamento "diritto vivente", superando, peraltro, il giudizio di legittimità costituzione ad opera della Consulta. I giudici di legittimità ritennero sussistente un equilibrato contemperamento fra gli interessi pubblici e la tutela del diritto di proprietà, in accordo con il dettato costituzionale e il citato Protocollo numero 1 addizionale alla Convenzione europea; ciò, secondo la sentenza, avveniva in forza della necessità che a monte dell'occupazione illegittima vi fosse una valida dichiarazione di pubblica utilità, la quale metteva in risalto il fine di utilità generale sotteso alla realizzazione dell'opera; restavano esclusi, dunque, dall'ambito di applicazione dell'istituto tutti quei casi così detti di occupazione "usurpativa", in cui difettava la dichiarazione di pubblica utilità, o perché mancante ab initio o perché venuta meno a seguito dell'annullamento dell'atto in cui essa era contenuta o per scadenza dei termini; al privato, poi, era riconosciuto un risarcimento giudicato ragionevole, il cui ammontare era in ogni caso superiore all'indennità dovuta a seguito del procedimento ordinario di espropriazione; infine vi erano sufficienti norme per garantire al privato in sede processuale di difendersi al fine dell'esercizio dell'azione risarcitoria, anche sotto il profilo del termine di prescrizione.

L'estrema confusione che si era venuta creare riguardo l'istituto dell'occupazione appropriativa è testimoniata dalle pronunce del Consiglio di Stato, il quale pareva porsi solo in apparente contrasto con l'orientamento della Corte di Cassazione.

Tra queste la già citata decisione dell'Ad. Plenaria 2/2005 da un lato si mostra in linea con l'orientamento della Corte europea, affermando che il fine pubblicistico, per cui l'opera viene realizzata, non è di ostacolo alla restituzione dell'area illegittimamente espropriata; e ciò indipendentemente dalla presenza o meno a monte dell'occupazione di una dichiarazione di pubblica utilità, non essendo più rilevante la distinzione fra occupazione appropriativa e usurpativa. D'altra parte non arriva mai a negare espressamente l'esistenza della prima, ma, al contrario, sembra concentrarsi in alcuni punti solo sull'occupazione usurpativa per evidenziare come essa sia venuta meno. Questo poichè nella fattispecie esaminata la dichiarazione di pubblica utilità era stata successivamente annullata; rimane così da chiedersi cosa avrebbe sostenuto nel caso in cui tale dichiarazione non avesse subito tale sorte. "Ne consegue - ad avviso di questa Adunanza plenaria - che, in caso di illegittimità della procedura espropriativa e di realizzazione dell'opera pubblica, l'unico rimedio riconosciuto dall'ordinamento per evitare la restituzione dell'area è l'emanazione di un (legittimo) provvedimento di

acquisizione ex articolo 43, in assenza del quale l'amministrazione non può addurre l'intervenuta realizzazione dell'opera pubblica quale causa di impossibilità oggettiva e quindi come impedimento alla restituzione: la realizzazione dell'opera pubblica è un fatto, e tale resta; la perdita della proprietà da parte del privato e l'acquisto in capo all'amministrazione possono conseguire unicamente all'emanazione di un provvedimento formale, nel rispetto del principio di legalità e di preminenza del diritto".

Proprio per questo motivo assume rilevanza la decisione della Corte europea 09/02/2006 perché nel caso oggetto di tale pronuncia, sopra richiamato, non c'era alcun elemento che possa ricondurre tale fattispecie nell'alveo dell'occupazione usurpativa; vi erano, infatti, una legittima dichiarazione di pubblica utilità, un legittimo provvedimento di occupazione, la costruzione di un'opera pubblica e l'irreversibile trasformazione del suolo: insomma tutti gli elementi costitutivi dell'occupazione appropriativa. Questo permise alla Corte di Strasburgo di chiarire che la violazione dell'articolo 1 del Protocollo 1 addizionale alla Convenzione vi è anche nel caso in cui vi sia una valida dichiarazione di pubblica utilità, sancendo così espressamente l'illegittimità dell'occupazione appropriativa.

L'articolo 43 del DPR 327/2001 venne poi dichiarato incostituzionale dalla Consulta per eccesso di delega e sostituito dall'attuale articolo 42 bis. Le differenze rispetto al precedente meccanismo acquisitivo consistono, in particolare, nella previsione: del carattere non retroattivo dell'acquisto; della necessaria rinnovazione della valutazione di attualità e prevalenza dell'interesse pubblico a disporre l'acquisizione attraverso uno stringente obbligo motivazionale; del riconoscimento al proprietario non solo del danno patrimoniale ma anche di quello non patrimoniale; della condizione sospensiva per il passaggio della proprietà data dal pagamento delle somme dovute; dell'applicazione dell'acquisizione non solo quando manchi del tutto l'atto espropriativo, ma anche laddove sia stato annullato l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera o il decreto di esproprio; infine, della comunicazione del provvedimento di acquisizione alla Corte dei conti da parte della medesima autorità che acquisisce. Rimane comunque inalterata la sostanza; solo un provvedimento formale può giustificare l'acquisto della proprietà alla mano pubblica.

La recente giurisprudenza di legittimità si è finalmente assestata sulla falsariga delle decisioni della Corte europea; si è affermato, infatti, che "in materia di espropriazione per pubblica utilità, la necessità di interpretare il diritto interno in conformità con il principio enunciato dalla corte europea dei diritti dell'uomo, secondo cui l'espropriazione deve sempre avvenire in «buona e debita forma», comporta che l'illecito spossessamento del privato da parte della p.a. e l'irreversibile trasformazione del suo terreno per la costruzione di un'opera pubblica non danno luogo, anche quando vi sia stata dichiarazione di pubblica utilità, all'acquisto dell'area da parte dell'amministrazione, sicché il privato ha diritto a chiederne la restituzione, salvo che non decida di abdicare al suo diritto e chiedere il risarcimento del danno per equivalente."; e ancora che "L'occupazione e la manipolazione del bene immobile di un privato da parte della p.a., allorché il decreto di esproprio non sia stato emesso o sia

stato annullato, integra un illecito di natura permanente che dà luogo ad una pretesa risarcitoria avente sempre ad oggetto i danni per il periodo, non coperto dall'eventuale occupazione legittima, durante il quale il privato ha subito la perdita delle utilità ricavabili dal bene sino al momento della restituzione, ovvero della domanda di risarcimento per equivalente che egli può esperire, in alternativa, abdicando alla proprietà del bene stesso; ne consegue che la prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento dei danni decorre dalle singole annualità, quanto al danno per la perdita del godimento del bene, e dalla data della domanda, quanto alla reintegrazione per equivalente.” (Cass. civ. SS.UU., 19/01/2015, n. 735).

### *2.5.1.3. Riflessioni conclusive. La necessaria tipicità dei diritti reali.*

La dissertazione appena compiuta sul tema dell'occupazione appropriativa permette di comprendere il grave errore insito nell'orientamento sorto in giurisprudenza relativamente alla costruzione eseguita da uno dei comproprietari su suolo comune, per il quale troverebbero applicazione in tali ipotesi le regole sulla comunione, con la conseguenza che l'opera apparterrebbe a tutti i comunisti solo se sia stata realizzata in conformità alla disciplina di cui agli articoli 1100 e ss. cod. civ., mentre le opere abusivamente realizzate non potrebbero essere considerate beni comuni per accessione ma apparterrebbero al singolo comproprietario costruttore.

Si è già detto che tale ricostruzione sembrerebbe voler introdurre in via pretoria un nuovo modo di acquisto della proprietà fondato sul mancato rispetto delle regole sulla comunione. Senonchè i modi di acquisto della proprietà, così come i diritti reali, sono tipici; il legislatore elenca espressamente nell'articolo 922 cod. civ. tali modi e, pur trattandosi di una norma aperta, stante l'inciso “e negli altri modi previsti dalla legge”, si precisa comunque che vi debba essere una fonte legislativa. La Corte di Cassazione avallando l'orientamento tralatizio, sostenitore dell'operatività delle regole sull'accessione, ha inteso presidiare e difendere l'ordinamento dalla erronea creazione pretoria di nuovi modi di acquisto della proprietà, dalla quale scaturiscono esclusivamente conseguenze negative. Scoraggiando pratiche volte a premiare in maniera distorta il soggetto che compie un abuso, quale in questa ipotesi il comproprietario che costruisce in violazione delle regole sulla comunione, la Corte ha voluto riaffermare con forza l'importanza nel nostro ordinamento del principio di legalità. Si discosta sensibilmente dagli orientamenti adottati dalla stessa in passato come nell'esaminato caso dell'occupazione appropriativa; orientamenti assolutamente contrari al comune senso di giustizia e ad ogni logica giuridica. Non bisogna trascurare la fondamentale importanza della divisione dei poteri nel nostro ordinamento, in base alla quale spetta al legislatore fare le leggi e al potere giudiziario applicarle nel dirimere le eventuali controversie; la storia ha già avuto modo di dimostrare come una confusione tra queste attribuzioni porti solo conseguenze catastrofiche. Certamente il ruolo dei giudici attualmente si è evoluto, potendo essi contribuire alla definizione dei contenuti normativi dei testi legislativi attraverso le loro pronunce; tuttavia tale

contributo non può seriamente spingersi sino alla adozione di decisione assolutamente prive di solide basi normative ed anzi in contrasto con esse.

Lo stesso principio di tipicità dei diritti reali si rivela fondamentale considerando l'importanza degli interessi sottesi alla tutela di tali diritti. Esso tutela indiscriminatamente tanto il titolare del diritto, non gravandolo di ulteriori pesi al di fuori di quelli disciplinati dalla legge, quanto il terzo che col primo entra in contatto, o il titolare di diritti reali minori, al fine di fargli conoscere esattamente i propri diritti; si persegue, dunque, un'esigenza di certezza del diritto. Tale principio scaturisce a sua volta dal principio di libertà fondiaria; l'incontrollata e illogica proliferazione dei diritti reali finirebbe per intaccare e svilire eccessivamente il contenuto del diritto di proprietà.

## *2.6. Requisiti del titolo negoziale idoneo ad impedire l'accessione.*

Sul punto la Suprema Corte sembra non avere dubbi; sicuramente non potrà essere considerato idoneo un negozio unilaterale, essendo, invece, che fra il dominus soli e il costruttore intercorra un apposito contratto, che attribuisca al secondo il diritto di proprietà sulla costruzione da lui eseguita. Nello specifico costituiscono titoli idonei quelli costitutivi di diritti reali, fra i quali può essere annoverato quello costitutivo di un diritto di superficie di cui all'articolo 952 cod. civ., il quale prevede che “il proprietario può costituire il diritto di fare e mantenere al disopra del suolo una costruzione a favore di altri, che ne acquista la proprietà”; oppure ancora la così detta concessione ad aedificandum, con la quale il proprietario del fondo, pur conservando il proprio diritto dominicale, consente ad altri di edificare su di esso, senza poter vantare alcun diritto in tal senso e rinunciando a fare propria la costruzione che verrà edificata. In queste ipotesi i rapporti fra proprietario del fondo e costruttore saranno regolati non dalle disposizioni di cui agli articoli 934 e ss. cod, bensì dalla convenzione o dal titolo. Inoltre, a seconda della qualificazione che a questi diritti viene data, potranno essere regolati anche dalla legge; “con la conseguenza che, nel caso di costituzione di servitù e di realizzazione di opere sul fondo servente, finalizzate all'esercizio della stessa e vantaggiose ed utili anche per il proprietario del fondo servente (come nella fattispecie) il giudice deve accertare e qualificare i diritti sulle opere stesse spettanti rispettivamente al proprietario del fondo dominante, che le ha anche eseguite, e del fondo servente, che a sua volta ha concorso a realizzarle e ne è rimasto avvantaggiato, non essendo applicabile, nel caso, la disposizione di cui all'art. 934 c.c., in base alla quale il secondo ne rivendichi la proprietà esclusiva.” (Cass. civ., sez. II, 21/02/2005, n. 3440).

Essendo tali contratti relativi alla costituzione di diritti reali immobiliari, in base all'articolo 1350 cod. civ. dovranno rivestire la forma scritta ai fini della validità.

Dunque, in mancanza di un accordo che rispetti tale indefettibile requisito, qualunque costruzione edificata su suolo comune, sia che sia opera di terzi sia che sia opera di uno o di alcuni dei comproprietari del fondo su cui essa sorge, per il fatto stesso dell'incorporazione, in base al principio dell'accessione, apparterrà a tutti i

comproprietari del suolo in relazione alle rispettive quote dominicali; a nulla varrà la diversa volontà manifestata dalle parti in forme diverse da quelle previste dall'articolo 1350 cod. civ., il quale impone la scelta fra l'atto pubblico e la scrittura privata, "sotto pena di nullità".

Merita accennare come sia stata ritenuta idonea ad impedire l'accessione anche la costituzione di una servitù; è stato infatti sostenuto in un caso che quando il titolare dell'utilizzazione dell'acquedotto, proprietario al contempo del fondo al cui uso l'acqua è destinata, ceda a terzi una parte del fondo attraversata dall'acquedotto, riservandosi il diritto all'utilizzazione delle acque per bisogni estranei al fondo ceduto, l'opera non può accedere alla parte di fondo alienato, data la strumentalità dell'acquedotto alla disponibilità e al godimento dell'acqua; rimane di proprietà del titolare del diritto di utilizzazione (Cass., 7/06/1968, n. 1730). Tale pronuncia si basa sul disposto dell'articolo 1033 cod.civ., nel quale si legge che "il proprietario è tenuto a dare passaggio per i suoi fondi alle acque di ogni specie che si vogliono condurre da parte di chi ha, anche solo temporaneamente, il diritto di utilizzarle per i bisogni della vita o per usi agrari o industriali.". Dal combinato disposto di questa disposizione e della successiva, in virtù della quale chi ha diritto di far passare le acque attraverso il fondo di un altro, deve costruire il necessario acquedotto, ma non può far defluire le acque negli acquedotti già esistenti e destinati al corso di altre acque, senza il consenso del proprietario del fondo, ne deriva che l'acquedotto realizzato dal terzo sul fondo altrui, al fine di consentire il passaggio delle acque, appartiene a colui che ha il diritto di utilizzare tali acque. Del resto nessun vantaggio trarrebbe il proprietario del fondo da un acquedotto il cui scopo sia quello di far defluire le acque fuori dal suo terreno; risulta svuotata di contenuto in questo caso la lettera dell'articolo 934 cod. civ., a norma del quale "qualunque piantagione, costruzione od opera esistente sopra o sotto il suolo appartiene al proprietario di questo", dal momento che ha luogo l'eccezione a tale principio prevista dalla legge che non riconosce alcun diritto al proprietario del suolo su quelle costruzioni.

Fin qui il ragionamento dei giudici appare chiaro. Senonchè la Corte, in apparente contrasto con quanto appena affermato, ammette espressamente la possibilità del proprietario di rinunciare al diritto di accessione. Avendo sostenuto la necessaria bilateralità del negozio regolatore dei rapporti fra proprietario del fondo e costruttore al fine di impedire l'operatività del meccanismo dell'accessione e avendo escluso categoricamente la validità in tal senso di un negozio unilaterale, non risulta di facile comprensione l'ammissione di un atto quale la rinuncia che è tipicamente unilaterale. Come può, dunque, la Corte ritenere operante un istituto impeditivo dell'accessione se non rispetta i requisiti previsti dalla stessa. Prima di soffermarsi sulle possibili motivazioni di una tale estensione è interessante soffermarsi sull'istituto della rinuncia e, in particolare, sul vivace dibattito sorto in dottrina circa l'ammissibilità della rinuncia al diritto di proprietà.

*2.6.1. La controversa ammissibilità di una disciplina generale della rinuncia. La rinuncia al diritto di proprietà.*

Occorre innanzitutto tenere presente che la disciplina della rinuncia è stata oggetto di un lungo e complesso dibattito in dottrina circa la sua validità; non si dubita, comunque, del fatto che si tratti di un negozio giuridico unilaterale mediante il quale l'autore rinuncia ad una situazione giuridica di cui è titolare. Non esiste all'interno codice civile una disciplina generale di tale istituto. La definizione sopra enunciata deriva dall'analisi di una serie di disposizioni contenute nel codice, le quali trattano specifiche fattispecie di rinuncia. Nell'ambito successorio si menzionano l'articolo 458, il quale nel secondo comma statuisce la nullità degli atti con i quali "taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinuncia ai medesimi"; l'articolo 519 sulla rinuncia all'eredità; il 557 che vieta la rinuncia all'azione di riduzione ai legittimari e ai loro eredi o aventi causa, "finchè vive il donante". Riguardo ai diritti reali l'articolo 882, il quale offre al comproprietario di un muro comune che non voglia contribuire alle spese di riparazione e costruzione, di rinunciare al diritto di comunione; l'articolo 1070 con la previsione della possibilità per il proprietario del fondo servente di rinunciare alla proprietà in favore del proprietario del fondo dominante. Nell'ambito della comunione e del condominio l'articolo 1104 sulla rinuncia alla comproprietà e il 1118 che vieta la rinuncia al diritto sulle parti comuni del condominio. L'articolo 1350, poi, al punto numero cinque, prevede la forma scritta ad substantiam per gli atti di rinuncia ad alcuni diritti; è prevista, peraltro, la trascrizione degli atti di rinuncia ai diritti reali su beni immobili e mobili registrati, ai sensi dell'articolo 2643 n. 5.

Si tratta di norme relative a fattispecie fortemente eterogenee, pur con delle caratteristiche comuni che permettono di affermare che tale rinuncia sia un negozio sostanzialmente abdicativo che non produce altra conseguenza se non l'estinzione del rapporto, in conseguenza della manifestazione di volontà del soggetto attivo che decide di uscirne; ed in tal guisa rientra nella categoria dei così detti "negozi neutri", non essendo né a titolo oneroso né a titolo gratuito. Dall'estinzione del rapporto, tuttavia, non discende automaticamente l'estinzione del diritto; questo poiché l'intento che si vuole primariamente raggiungere attraverso la rinuncia è solo la fuoriuscita del diritto dalla propria sfera giuridica, rimanendo l'estinzione dello stesso puramente eventuale, considerando anche che potrebbe essere acquisito da altri. L'eventuale dichiarazione del beneficiario indiretto di voler acquisire il diritto non sarebbe rilevante ai fini del perfezionamento della fattispecie, dal momento che l'effetto a lui favorevole si produce ipso iure, senza che sia necessaria alcuna manifestazione di volontà; questa, al contrario, sarebbe in contrasto col principio di economia dei mezzi giuridici. Al di là dell'effetto abdicativo, tutti gli altri, quali ad esempio l'incremento del diritto degli altri comproprietari o il venir meno delle obbligazioni a carico dell'autore della rinuncia, non si ricollegano direttamente all'intento negoziale o alla causa dell'atto; sono semplici conseguenze indirette.

In dottrina sono state individuate tre diverse tipologie di rinuncia: traslativa, liberatoria e abdicativa. La prima è inserita all'interno di un contratto a prestazioni corrispettive; impropriamente viene usato il termine rinuncia in questo caso, dal momento che essa qui trova la sua causa nella controprestazione; l'effetto che ne deriva non è abdicativo ma

dispositivo e, inoltre, è priva del carattere di unilateralità tipico della vera rinuncia. La seconda è quella prevista dai sopra citati articoli 882 e 1104, per mezzo della quale l'autore si libera dalle sue obbligazioni. L'effetto tipico qui è quello abdicativo del proprio diritto. La conseguenza ulteriore è l'incremento della consistenza delle obbligazioni degli altri comproprietari e questo ne giustifica la necessaria recettività, la quale, al di fuori di tali ipotesi non è richiesta generalmente per la rinuncia. Di fatti l'ultima tipologia di rinuncia non richiede che la dichiarazione unilaterale sia portata a conoscenza dell'eventuale destinatario; egli non potrà neppure rifiutarne gli effetti.

In particolare oggetto di un vivace dibattito è stata l'ammissibilità della rinuncia al diritto di proprietà. Tanto che sul punto sono giunte ad esprimersi le SS.UU. della Corte di Cassazione nella recente sentenza 735/2015 al fine di mettere un punto definitivo alla questione. Come nell'ipotesi oggetto di trattazione nella seguente tesi, anche in questo caso il problema prende avvio dall'analisi della prassi quotidiana. L'istituto, di fatti, risponde ad esigenze eminentemente pratiche; ad esempio evita al proprietario di un bene di scarso valore o sottoposto a pesanti oneri tributari di dover ricorrere ad atti dispendiosi per dismettere la proprietà di tale bene; oppure ancora consente al coniuge comproprietario con l'altro coniuge di un immobile, acquistato con i benefici fiscali previsti per la prima casa, di rinunciare a tale proprietà per poter acquistare una nuova casa, usufruendo dei predetti benefici fiscali. Tale strumento evita, inoltre, inutili forzature, poiché rende non necessario il ricorso alla *fictionis iuris* per il tramite ad esempio di una vendita simulata o di una donazione priva dell'*animus donandi*, con un notevole risparmio fiscale.

I dubbi su tale strumento sono sorti in primis a causa della constatazione dell'assenza nel nostro ordinamento di una norma che disciplini innanzitutto la rinuncia in generale e, di seguito, la rinuncia al diritto di proprietà. Esso, inoltre, si porrebbe in contrasto con la perpetuità del diritto dominicale, il quale, in base a tale caratteristica, non ammetterebbe limiti temporali; anche se un'eccezione in tale senso è riscontrabile nell'articolo 953 cod. civ. relativamente alla costituzione a tempo determinato del diritto di superficie: tale diritto, allo scadere del termine, si estingue e, di conseguenza, il titolare della costruzione ne perde la proprietà, la quale passa in capo al proprietario del suolo.

I fautori della tesi negativa partono proprio da questi presupposti. Secondo questi autori, inoltre, tale strumento sarebbe facilmente prestabile ad abusi al fine di evitare tasse e gravami, come negli esempi sopra citati; ed è proprio tale pericolo che ha indotto l'Avvocatura dello Stato, in una nota del 14 marzo 2018, a ritenere nullo l'atto di rinuncia ad un bene immobile a rischio di dissesto idrogeologico, sul presupposto che tale rinuncia avrebbe comportato automaticamente l'acquisizione dell'immobile allo Stato, con conseguente trasferimento all'Erario delle spese necessarie al mantenimento o alla demolizione dell'immobile.

Anche qui, peraltro, in virtù dell'automatico acquisto dell'immobile in capo allo Stato, ritorna lo spettro della previsione di un modo di acquisto della proprietà a titolo originario non rientrante fra quelli elencati dalla legge; a tale proposito il TAR Piemonte 368/2018 ha categoricamente escluso che tale acquisto possa avvenire sulla base della rinuncia abdicativa fatta dal proprietario; esso, ai sensi dell'articolo 42 bis

del DPR 327/2001, può avvenire solo sulla di un provvedimento formale, quale il provvedimento amministrativo acquisitivo. Il Tribunale amministrativo, dopo aver passato in rassegna tutte le tappe che hanno caratterizzato l'evoluzione del fenomeno dell'occupazione acquisitiva, analizzata in precedenza, riconosce come l'occupazione illegittima di un fondo per motivi di pubblico interesse con annessa realizzazione di un'opera pubblica che modifica irreversibilmente il suolo, non solo non consente alla P.A. di acquisire il fondo sul quale l'opera insiste, ma non comporta neppure l'estinzione del diritto di proprietà in capo al proprietario del fondo, perfino nell'ipotesi in cui questi abbia manifestato la volontà di rinunciare. Dall'analisi dell'articolo 42 bis, infatti, emerge come il provvedimento acquisitivo venga sempre emesso nei confronti del proprietario spossessato; il comma 4, infatti, recita: "Il provvedimento di acquisizione, recante l'indicazione delle circostanze che hanno condotto alla indebita utilizzazione dell'area e se possibile la data dalla quale essa ha avuto inizio, è specificamente motivato in riferimento alle attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico che ne giustificano l'emanazione, valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati ed evidenziando l'assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione; nell'atto è liquidato l'indennizzo di cui al comma 1 e ne è disposto il pagamento entro il termine di trenta giorni. L'atto è notificato al proprietario e comporta il passaggio del diritto di proprietà sotto condizione sospensiva del pagamento delle somme dovute ai sensi del comma 1, ovvero del loro deposito effettuato ai sensi dell'articolo 20, comma 14; è soggetto a trascrizione presso la conservatoria dei registri immobiliari a cura dell'amministrazione procedente ed è trasmesso in copia all'ufficio istituito ai sensi dell'articolo 14, comma 2."; è sul presupposto che il fondo rimanga nella proprietà del privato che si giustifica il fatto che il provvedimento acquisitivo abbia la capacità di trasferire la proprietà e che poi sia, senza alcuna eccezione, notificato al proprietario e trascritto nei suoi confronti. A questo si aggiunga che l'articolo 42 bis non contiene una disciplina derogatoria o specifica rispetto alle situazioni in cui il privato abbia manifestato precedentemente, in sede giudiziale o stragiudiziale, la volontà di rinunciare al bene.

Il TAR nota, tuttavia, come, secondo la giurisprudenza, la domanda del privato volta ad ottenere il risarcimento dei danni subiti a seguito di un'occupazione illegittima rappresenti una manifestazione di volontà di rinunciare al diritto di proprietà sul fondo; tesi peraltro avallata dalla pronuncia della Cassazione 735/2015, nella quale si legge che "in alternativa alla restituzione, al proprietario è sempre concessa l'opzione per una tutela risarcitoria, con una implicita rinuncia al diritto dominicale sul fondo irreversibilmente trasformato; tale rinuncia ha carattere abdicativo e non traslativo: da essa, perciò, non consegue, quale effetto automatico, l'acquisto della proprietà del fondo da parte dell'Amministrazione.". Per il TAR è il disposto del sopra citato articolo 42 bis ad escludere che il privato possa, tramite un dichiarazione unilaterale, rinunciare alla proprietà del bene, acquisendo il diritto al risarcimento, a prescindere dall'adozione del provvedimento formale. In base alla stessa analisi delle caratteristiche del decreto acquisitivo si ricava come in tali ipotesi la rinuncia del privato non abbia efficacia né abdicativa né dispositiva; esso, infatti, è previsto per qualsiasi tipo di occupazione a fini pubblicistici, non potendosi prescindere nel caso in

cui il privato abbia rinunciato al proprio diritto dominicale; è sempre diretto al proprietario del fondo e può avere solo effetti traslativi della proprietà; richiede una valida motivazione in ordine alla preminenza delle ragioni di pubblico interesse che hanno portato alla sua emanazione, motivazione la cui importanza risulterebbe vanificata nel caso in cui il proprietario, per effetto di una semplice rinuncia, abbia già perso o potesse perdere il diritto di proprietà sul fondo; può essere emesso relativamente ad occupazioni poste in essere prima dell'entrata in vigore dell'articolo 42 bis o, addirittura, del DPR 327/2001.

Non va trascurato neppure il pericolo insito in tale strumento. Infatti se l'obbligo risarcitorio in capo alla P.A. dovesse dipendere esclusivamente dall'occupazione illegittima e dalla dichiarazione abdicativa del proprietario del fondo, non sarebbe più rilevante a tali fini la valutazione circa la rispondenza ad un pubblico interesse e le pubbliche amministrazioni si troverebbero costrette a corrispondere il risarcimento commisurato al valore venale del bene anche in queste ipotesi con un pesante dispendio di risorse pubbliche. Si verrebbe a creare un ingiustificato squilibrio di poteri tutto a vantaggio del privato, il quale avrebbe la possibilità di determinare in modo unilaterale ma, soprattutto, non prevedibile le sorti del procedimento e dell'opera pubblica; e data l'efficacia automatica della rinuncia, che opera ex lege, nulla di concreto potrebbe fare la P.A. per impedire ciò. Tale danno alla finanza pubblica non potrebbe che comportare una censura di illegittimità costituzionale dell'articolo 42 bis per "manifesta irragionevolezza" se dovesse essere interpretato in tal guisa. Il tutto appare ancora più strano se si considera che la rinuncia del privato non comporta il contestuale acquisto della proprietà del fondo in capo alla P.A., la quale si troverebbe nella paradossale situazione di dover comunque corrispondere il risarcimento. La necessaria sussistenza del decreto acquisitivo, al contrario, mette al riparo da qualunque rischio, stante l'obbligatorietà della motivazione in relazione agli "scopi di pubblico interesse". I benefici di un tale impostazione, tuttavia, non riguardano solo la P.A. ma anche il privato, il quale, nel caso in cui la P.A. decida di non acquisire il fondo, per il principio superficies solo cedit, diverrà proprietario anche dell'opera pubblica insistente sul suo fondo con la possibilità di trarne numerosi benefici in termini economici.

Il Collegio ricava un'ulteriore argomentazione a sostegno di questa impostazione dalla constatazione che non esista, come già si è detto, un disciplina generale della rinuncia ma solo specifiche disposizioni contenute nel codice civile, al di fuori delle quali non sarebbe da considerarsi valido tale strumento.

Tale affermazione consente di richiamare la tesi sostenuta dalla dottrina favorevole alla rinuncia al diritto di proprietà. Tale dottrina nota come, pur non esistendo una norma generica che disciplini la rinuncia, non esiste neppure una norma generica che la vieti. Secondo tale impostazione, dunque, la scelta del legislatore di elaborare delle norme specifiche, non esclude che tale istituto possa trovare applicazione anche al di fuori delle ipotesi contemplate. Le specifiche previsioni del legislatore servirebbero solamente a far discendere dalla rinuncia ulteriori effetti, al di là, quindi, del tipico effetto abdicativo.

Tale linea di pensiero fa leva su diversi articoli del codice tra i quali l'articolo 827 cod. civ., a norma del quale, "i beni immobili che non sono in proprietà di alcuno spettano

al patrimonio dello Stato”; la disposizione sembrerebbe, infatti, ammettere l’esistenza di beni immobili privi di un proprietario, a seguito di rinuncia al diritto di proprietà per l’appunto. Vanno menzionati anche gli articoli 1350 n. 5 e 2643 n. 5; tali norme, secondo la dottrina sostenitrice della tesi positiva, testimonierebbero la generale possibilità, prevista dall’ordinamento, di rinunciare con dichiarazione unilaterale al diritto di proprietà sugli immobili. Ancora il fatto che legislatore si sia preoccupato con l’articolo 1118 cod. civ. di impedire ai condomini di rinunciare ai propri dritti sulle parti comuni, renderebbe evidente che i condomini abbiano in generale una tale possibilità.

Il TAR, tuttavia, fa notare come dette argomentazioni non siano solide. Innanzitutto l’articolo 1350, richiamato alla dottrina appena esaminata, va valutato in relazione alla sua collocazione sistematica, ossia nel titolo dedicato ai contratti in generale; intende disciplinare, dunque, negozi bilaterali; sarebbe più consono intendere il punto numero 5 dell’articolo come relativo alla rinuncia di una delle parti ad un accordo avente ad oggetto il trasferimento di beni immobili; in questo caso la rinuncia comporta che all’estinzione del diritto in capo al rinunciante si contrapponga l’acquisto di tale diritto nuovamente in capo al soggetto che lo aveva ceduto; l’effetto sarebbe traslativo e non si potrebbe pertanto parlare propriamente di rinuncia in questo caso. Discorso analogo a questo punto può essere svolto per l’articolo 2643; il punto 5, richiamando “i diritti menzionati nei numeri precedenti”, indica i diritti derivanti da determinati contratti.

L’argomentazione basata sull’articolo 1118 cod. civ. è, forse, quella meno convincente. Di fatti la scelta legislativa di impedire la rinuncia ai diritti sulle parti comuni non sembra meglio una conseguenza diretta dell’applicazione dell’articolo 1104 cod. civ., in virtù del quale “ciascun partecipante deve contribuire nelle spese necessarie per la conservazione e il godimento della cosa comune e nelle spese deliberate dalla maggioranza a norma delle disposizioni seguenti”; si vuole evitare, in sostanza, un’indebita sottrazione dei condomini alla contribuzione alle spese previste per le aree comuni di cui necessariamente si avvantaggiano tutti; risulta impossibile pensare che alcuni condomini possano rinunciare a fruire delle mura perimetrali, del tetto di copertura o del suolo sul quale sorge l’edificio e così via. Ulteriore conferma di quanto appena detto si ricava dalla previsione di cui all’ultimo comma dell’articolo 1118 cod. civ., il quale consente ai condomini di rinunciare “all’utilizzo dell’impianto centralizzato o di condizionamento; i condomini, infatti, non entrano necessariamente a contatto con tali beni che, quindi, possono ben essere oggetto di rinuncia. Il bene immobile, poi, non rimarrebbe privo di un proprietario, dal momento che si verificherebbe l’espansione del diritto dei comproprietari, i quali, però, si troverebbero costretti a sopportare spese maggiori; tale espansione costituisce un effetto naturale derivante dal “principio di elasticità” della proprietà e questo fa sì che non si crei alcuno scompenso perché è sempre individuabile un soggetto responsabile della custodia e di tutte le obbligazioni connesse alla proprietà di quel bene.

L’articolo 963 cod. civ. prevede la possibilità per l’enfiteuta di rinunciare al proprio diritto; tuttavia la norma limita grandemente tale facoltà assoggettandola a requisiti molto stringenti, fra cui l’impossibilità di esercitarla decorso un anno; ciò unitamente al fatto che l’enfiteusi non persegue esclusivamente gli interessi dell’enfiteuta ma

anche quelli del proprietario del fondo al miglioramento dello stesso, porta ad escludere che l'enfiteuta possa abdicare al proprio diritto.

L'elemento comune alle fattispecie menzionate consiste nel fatto che, di fronte all'ipotesi di un titolare del diritto oggetto di rinuncia che, arbitrariamente, non voglia contribuire al pagamento delle spese necessarie alla conservazione del bene nelle condizioni ottimali, consentono una miglior gestione di tale bene. Questo permette di comprendere come sia stata la necessità di una più funzionale gestione e valorizzazione del bene immobile in alcuni casi a indurre il legislatore a prevedere la rinuncia in situazioni specifiche, non essendo a questo punto necessaria una sua applicazione generalizzata. Tutto ciò è in linea anche con la così detta funzione sociale della proprietà privata voluta dalla Carta fondamentale; in ossequio a tale principio, mantenere in buono stato un bene immobile non è più soltanto una facoltà inerente al diritto di proprietà, bensì un vero e proprio dovere, la cui violazione il legislatore intende evitare; per esempio consentendo alla P.A. di espropriare le relative aree al fine di ricavarne nuovi e più fruttuosi utilizzi per la collettività; oppure consentendo ad altri di acquisirne la proprietà per usucapione.

La possibilità di una ammissione generalizzata della rinuncia abdicativa porterebbe i privati a non profondere tutte le loro energie nella cura e nella gestione dei beni, sul presupposto che potrebbero rinunciarvi in qualsiasi momento tramite una semplice dichiarazione unilaterale.

La stessa argomentazione basata sull'articolo 827 cod. civ. non è esauriente. Tale norma, infatti, più che riconoscere l'esistenza di beni privi di un proprietario, intende, al contrario impedire l'esistenza di tali beni, assegnandoli in proprietà allo Stato, e che di questi beni immobili possa impossessarsene chiunque semplicemente tramite occupazione; del resto l'articolo 923 cod. civ. che consente di acquisire tramite occupazione le res nullius è dettato esclusivamente nei riguardi delle cose mobili. L'articolo 827 è, dunque, una norma il cui scopo è quello di offrire copertura a fattispecie eccezionali non riconducibili ai modi di acquisto della proprietà previsti dalla legge. Non da ultimo va tenuto ben presente che la proprietà di beni immobili è foriera di pesanti responsabilità legate alla sua manutenzione; ed lecito dubitare del fatto che il legislatore abbia voluto addossare indiscriminatamente tale responsabilità allo Stato, senza la previsione di norme più specifiche che la attenuassero o la possibilità per la P.A. di esprimere un consenso; basti pensare all'ipotesi in cui la P.A. diventi proprietaria in tal modo di un edificio fatiscente che si affaccia sulla pubblica via col grave rischio che possa crollare da un momento all'altro; il tutto sarebbe reso ancora più complicato sol che si pensi il fatto che la rinuncia abdicativa, in quanto atto unilaterale, sarebbe trascritta solo contro il rinunciante e non anche a favore dello Stato, il quale non avrebbe materialmente la possibilità di venire a conoscenza dell'acquisto, dal momento che non risulterebbe nulla nell'elenco delle trascrizioni a suo favore; questo le impedirebbe di poter prevenire e risolvere tutta una serie di inconvenienti eventualmente derivanti dalla proprietà dell'immobile, quali il su accennato rischio di rovina dello stesso. Vi sarebbero, dunque, seri problemi per l'incolumità pubblica. Si verificherebbe, inoltre, un incredibile spreco di risorse, posto che tutto il patrimonio

immobiliare acquisito in tal guisa dallo Stato, che risulta impossibilitato ad adempiere alle obbligazioni di custodia e manutenzione, rimarrebbe improduttivo.

La situazione diviene ancora più paradossale se ci si sofferma nuovamente sul caso dell'occupazione illegittima; ammettendo che il proprietario del fondo possa rinunciare al proprio diritto di proprietà con la contestuale nascita del diritto al risarcimento, la P.A. si troverebbe a dover sopportare questo peso economico pur senza divenire proprietaria del bene, il quale, in base all'interpretazione dell'articolo 827 cod. civ. da parte della dottrina favorevole ad una previsione generale dell'istituto della rinuncia, entrerebbe automaticamente a far parte del patrimonio dello Stato. Questo perché la giurisprudenza è sostanzialmente concorde nel ritenere che l'articolo alluda allo Stato inteso come persona e non come insieme delle Pubbliche Amministrazioni. Milita a favore di tale interpretazione la constatazione del fatto che in altre disposizioni codicistiche, quale ad esempio l'articolo 586 relativo alla successione dello Stato, la parola Stato si riferisca allo Stato-persona; dunque non sarebbe logico se il legislatore nell'articolo 827 cod. civ. avesse voluto riferirsi ad una concezione diversa dello Stato senza precisarlo. Se non bastasse, si può ricordare che nella L. 296/2006, all'articolo 1, comma 260, il legislatore ha confermato la spettanza allo Stato-persona dei beni "vacanti" e di quelli relativi alle eredità giacenti.

L'orientamento espresso dalla sentenza del TAR 368/2018, smentisce la precedente pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 4636 del 7 novembre 2016, il quale, in linea con l'orientamento di Cassazione 735/2015, aveva sostenuto che, pur avendo la rinuncia carattere abdicativo, il bene, la cui proprietà era stata dismessa dal privato, fosse acquisito dalla P.A. occupante e non dallo Stato-persona. A questo ci si può chiedere perché la P.A. sia tenuta a corrispondere al proprietario rinunciante un risarcimento pari al valore venale dell'intero bene se questo non viene distrutto. La stessa necessità della spettanza del diritto al risarcimento viene posta in discussione dal Collegio, stante il fatto che esso dipenderebbe da una manifestazione unilaterale di volontà, che proprio in quanto atto unilaterale, per definizione, non è qualificata da vizi della volontà.

Inoltre il peso economico che la P.A. si trova a subire, sulla base dell'orientamento prevalente oggetto di critica, è ulteriormente accentuato dall'assenza di una previsione specifica nel nostro ordinamento che imponga allo Stato di ritrasferire alla P.A. il bene occupato gratuitamente o ad un prezzo simbolico; ne deriva che la P.A. occupante, oltre a dover sopportare la corresponsione del risarcimento sarà tenuta anche a sborsare un'ulteriore somma di denaro per acquistare il bene dallo Stato.

Poi l'idea che, a seguito della rinuncia, la proprietà del bene venga recuperata allo Stato è propria di una visione del diritto dominicale estranea al nostro ordinamento, nel quale la proprietà appartiene fin dall'inizio ai privati, agli enti o allo Stato; tale idea al contrario è maggiormente assimilabile a quegli ordinamenti, attualmente vivente nei Paesi di common law, in cui la proprietà fa capo solamente allo Stato o al suo rappresentante, i quali poi la concedono a soggetti diversi con la possibilità di goderne, seppure anche per periodi di tempo molto lunghi e con ampie facoltà.

Il TAR, dunque, nota come, al di fuori delle specifiche ipotesi previste dal codice, la rinuncia fa sì che il diritto dismesso dall'originario titolare si trasferisca sempre, per sua volontà, a terzi soggetti che vedono incrementato il loro diritto.

D'altronde occorre evidenziare che l'introduzione di una norma generale sulla rinuncia comporterebbe notevoli vantaggi per lo Stato, il quale potrebbe acquisire in tal modo beni immobili in maniera sicuramente più efficiente e fruttuosa rispetto ai modi di acquisto della proprietà tipizzati nell'articolo 922 cod. civ.; dunque si potrebbe pensare che il motivo per il quale il legislatore non abbia ritenuto introdurre una tale disposizione consista nel fatto che l'istituto della rinuncia non sia ammesso generalmente nel nostro ordinamento.

In conclusione il TAR in questa sentenza invita a riflettere sul fatto che l'orientamento prevalente, favorevole alla generalizzazione della rinuncia non tiene debitamente conto delle pesanti implicazioni che da esso scaturiscono e che sono state poc'anzi esaminate. Quel che è certo è che una tale impostazione ha un impatto fortemente negativo sulla finanza pubblica.

Pur volendo aderire alla tesi positiva occorre comunque interrogarsi sull'oggetto della rinuncia, ossia chiedersi quali diritti siano rinunciabili. Si sostiene che solo i diritti disponibili possano essere oggetto di rinuncia, dunque quei diritti di cui il titolare può effettivamente disporre. Questo porta a riflettere se il diritto di proprietà rientri in tale categoria. Certamente la risposta non potrà che essere positiva, rappresentando quest'ultimo diritto il cui contenuto consente la più ampia facoltà di godimento e disposizione del bene e, secondo tale dottrina, comprenderebbe anche il potere abdicativo, massima espressione del potere di disposizione. Dunque, essendo un diritto disponibile, la proprietà è rinunciabile. Tale rinunciabilità, tuttavia, contrasterebbe con un'altra caratteristica del diritto di proprietà, ossia la già accennata perpetuità; si è già notato, però, come tale caratteristica non sia propriamente indefettibile, come testimoniato dalla previsione dell'articolo 953 cod. civ. sulla possibilità di una proprietà superficiaria a tempo determinato. Ad ogni modo, sulla base di una più attenta analisi, pur ritenendo sussistente tale caratteristica, si può vedere come essa non contrasti veramente con l'istituto della rinuncia, stante il fatto che il diritto viene semplicemente dismesso; esso continuerà ad esistere e sarà acquisito dallo Stato o dagli altri eventuali comproprietari; effetto assimilabile a quello dei negozi traslativi, con la differenza che in questo caso opera non per volontà del titolare ma ex lege in maniera riflessa.

Alla critica fondata sull'esistenza nel nostro ordinamento del principio per cui da un atto non possono derivare effetti nella sfera giuridica dei terzi senza il loro consenso, la dottrina favorevole oppone la constatazione che il principio di relatività, espresso per i contratti dall'articolo 1372 cod. civ. ma applicabile a qualunque negozio giuridico, implica esclusivamente che il negozio o l'atto non possa produrre effetti sfavorevoli nella sfera giuridica dei terzi; mentre nulla quaestio vi sarebbe nei riguardi degli effetti favorevoli; come si evince, a parere di questa dottrina, dall'articolo 1411 cod. civ., il quale ammette la stipula di un contratto che produce effetti favorevoli verso i terzi. La critica appena mossa basata sul principio di relatività è del resto infondata, sol che si pensi al fatto che l'effetto accrescitivo del diritto del terzo è un effetto

solamente indiretto e secondario; mentre l'effetto primario che dovrebbe essere tenuto presente è quello abdicativo del diritto; non vi è alcun effetto immediato e diretto verso il terzo.

La dottrina positiva, poi, fonda il suo ragionamento su altre considerazioni.

Essa mette in risalto, al pari di quanto avvenuto nella sentenza del TAR poc'anzi esaminata, ma in senso opposto, le conseguenze negative che deriverebbero dall'accoglimento della tesi contraria. Innanzitutto vi sarebbe un'ingiustificata disparità di trattamento fra beni mobili ed immobili; i primi, sulla base del disposto dell'articolo 923 cod. civ. potrebbero essere abbandonati, divenendo *res nullius* e *derelictae*, e poi acquisiti da chiunque tramite occupazione; il fatto che le due tipologie di beni siano sottoposte a un regime di circolazione molto diverso, a detta di questa dottrina, non deve influire sull'an della rinuncia ma solo sul quomodo; e, dunque, per i beni mobili non sarà necessari alcuna formalità, mentre per i beni immobili, considerando le modalità che caratterizzano le loro vicende circolatorie, occorrerà un atto scritto contenente la rinuncia, nelle forme della scrittura privata autenticata o dell'atto pubblico.

La tesi favorevole è quella tutt'ora prevalente, avendo, peraltro, trovato avallo nella sentenza a sezioni unite della Cassazione, n. 735/2015, la quale, trattando del fenomeno dell'occupazione acquisitiva afferma che "l'illecito spossessamento del privato da parte della p.a. e l'irreversibile trasformazione del suo terreno per la costruzione di un'opera pubblica non danno luogo, anche quando vi sia stata dichiarazione di pubblica utilità, all'acquisto dell'area da parte dell'Amministrazione ed il privato ha diritto a chiederne la restituzione salvo che non decida di abdicare al suo diritto e chiedere il risarcimento del danno". Si ammette, dunque, la possibilità di rinunciare al diritto di proprietà su beni immobili.

Nello stesso filone si pone un'altra decisione della Cassazione 3819/2015, in base alla quale "La rinuncia abdicativa della quota di comproprietà di un bene, fatta in modo da avvantaggiare in via riflessa tutti gli altri comunisti, mediante eliminazione dello stato di compressione in cui il diritto di questi ultimi si trovava a causa dell'appartenenza in comunione anche ad un altro soggetto, costituisce donazione indiretta, senza che sia all'uopo necessaria la forma dell'atto pubblico, essendo utilizzato per la realizzazione del fine di liberalità un negozio diverso dal contratto di donazione".

La pronuncia appena richiamata riveste una certa importanza per l'argomento oggetto della presente tesi in quanto riunisce ed elabora la disciplina in materia di rinuncia alla comproprietà di un bene, ai sensi dell'articolo 1104 cod. civ., tenuto conto anche della poco prolifica giurisprudenza su questo aspetto della rinuncia. Tramite la rinuncia, che è atto assolutamente unilaterale, determina da un lato l'estinzione del diritto in capo al rinunciante, dall'altro l'accrescimento automatico della quota degli altri comproprietari; ciò in forza del già visto "principio di elasticità del diritto di proprietà". Ne deriva che in caso di proporzione della quota, il compartecipe diviene proprietario esclusivo del bene. La rinuncia in queste ipotesi assolve una funzione satisfattiva-liberatoria, poiché l'autore della rinuncia si libera in questo modo delle obbligazioni poste a suo carico per la conservazione e il godimento della cosa comune e queste vanno a carico degli altri partecipanti.

Tale pronuncia, peraltro, conferma il carattere primariamente abdicativo della rinuncia, con conseguente dismissione del diritto; la sua causa, come detto, è neutra e la produzione di ulteriori effetti non ha rilevanza per il proprietario. In particolare la sentenza intende sottolineare come la rinuncia che intenda avvantaggiare gli altri sia una forma di liberalità, non riconducibile ad una donazione vera e propria con la necessità di rispettare i severi requisiti di forma per questa tipologia previsti, ma una donazione indiretta, per la quale è sufficiente una forma meno rigorosa.

La questione della rinuncia al diritto di proprietà su un bene immobile è ampiamente diffusa nella prassi con la sempre più frequente richiesta d'intervento dei notai da parte dei privati, essendo necessario come si è visto che la rinuncia sia rivestita della forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, per l'appunto da un notaio. Al punto che sulla questione ebbe ad esprimersi il Consiglio Nazionale del Notariato nello studio civilistico n. 216-2014/C dell'Ufficio Studi, dimostrandosi favorevole alla rinuncia abdicativa alla proprietà esclusiva di un bene immobile. Nella premessa si legge, infatti, che "Il presente studio nasce a seguito di molteplici quesiti pervenuti all'Ufficio studi aventi ad oggetto la possibilità da parte del Notaio di ricevere atti di rinuncia ai diritti reali, nonché la disciplina e gli effetti dei medesimi. Il tema in esame risulta essere particolarmente interessante, sia da un punto di vista prettamente teorico e dogmatico, sia da un punto di vista pratico, tanto più in un contesto socio-economico, quale quello attuale, in cui atti del genere possono risultare frequenti, stante la crisi economica e la forte pressione fiscale. Spesso infatti le fattispecie in cui può emergere la volontà rinunziativa della parte hanno ad oggetto beni e diritti dei quali non si vuole più sostenere l'onere tributario, ovvero che non sono più di interesse, in quanto di scarso valore e praticamente ingestibili (si pensi ad un piccolo fabbricato fatiscente inservibile ovvero alla quota di comproprietà su un piccolo terreno infruttuoso sito in una località molto distante da quella di residenza). Le fattispecie più rilevanti, tra quelle esaminate, sembrano essere quella della rinuncia al diritto di proprietà nonché alla quota indivisa di comproprietà, forse anche perché ritenute le più inconsuete, tanto da dubitarsi – almeno nel sentire comune – persino della loro ammissibilità. La dottrina che se ne è occupata in passato, del resto, le ha quasi sempre considerate come ipotesi di scuola, oggetto di un interesse prettamente teorico, ma che oggi possono divenire concretamente praticabili."

### *2.6.2. Note critiche sull'istituto della rinuncia come strumento impeditivo all'operare dell'accessione.*

Si è già evidenziata la contraddittorietà insita nel ragionamento della Suprema Corte sul punto relativo all'ammissibilità della rinuncia quale strumento impeditivo all'operare dell'accessione. La Corte dapprima afferma che il titolo negoziale idoneo ad impedire l'accessione non può consistere in un negozio unilaterale; esso deve essere bilaterale alla stregua di un contratto stipulato tra il proprietario del fondo e il costruttore, contenente la previsione dell'attribuzione del diritto di proprietà sulle opere

realizzate in favore di quest'ultimo e rivestito della necessaria forma scritta ad substantiam. Poco dopo, in modo fortemente contraddittorio, essa afferma la possibilità di rinunciare al diritto di accessione. Come si è ampiamente avuto modo di vedere, la rinuncia è un tipico negozio unilaterale, consistente nella semplice dichiarazione del titolare del diritto di volervi rinunciare.

Si può cercare di fornire una spiegazione a questa apparente contraddizione.

Analizzando attentamente le conseguenze della rinuncia al diritto di accessione si può notare come esse consistano nella costituzione di un diritto di superficie in capo al costruttore, il quale per l'appunto si vedrebbe riconosciuta la possibilità "di fare e mantenere al disopra del suolo una costruzione", acquistandone la proprietà, la quale non passa in capo al dominus soli rinunciante, come invece normalmente avviene in base al disposto dell'articolo 934 cod. civ. .

Tuttavia è noto come la costituzione del diritto di superficie possa avvenire per contratto o per testamento; è possibile, dunque, ipotizzare che le Sezioni Unite non abbiano voluto fare riferimento all'ipotesi classica della rinuncia abdicativa, dalla quale scaturisce principalmente l'effetto estintivo del diritto in capo al titolare. Il dominus soli e il costruttore verrebbero dunque a concludere un contratto di costituzione di superficie; non si configurerebbe una dichiarazione unilaterale di rinuncia meramente abdicativa.

In base a ciò è lecito sostenere che la rinuncia all'accessione possa farsi esclusivamente per mezzo di un negozio bilaterale, come un contratto, richiesto per la costituzione del diritto di superficie ex articolo 952 cod. civ., la quale è conseguenza diretta del venir meno dell'operare dell'accessione.

Del resto tale impostazione trova sostegno nella giurisprudenza della stessa Corte di legittimità, la quale ha avuto modo di evidenziare come, per l'appunto, il titolo idoneo a scalfire la situazione giuridica venutasi a creare per effetto dell'operatività dell'accessione, non possa consistere in una mera dichiarazione unilaterale del proprietario del suolo, "occorrendo un negozio di natura contrattuale, intercorrente fra quest'ultimo e l'autore dell'opera (Cass., 7 luglio 1980, n. 4337).

In virtù di quanto appena affermato, è stata ritenuto irrilevante e invalido il semplice riconoscimento unilaterale dell'appartenenza delle costruzioni ai comproprietari del suolo (Cass. 28 aprile 1944, n. 304).

In un caso in cui i comproprietari di un fondo, sul quale avrebbe dovuto ergersi il fabbricato, rinunciavano preventivamente e reciprocamente agli effetti dell'accessione relativamente agli appartamenti a loro non spettanti, la Corte ha precisato che tale volontà dovesse tradursi in un negozio di natura contrattuale, che raccolga tutte le singole volontà e manifesti l'intenzione degli stipulanti di consentire reciprocamente che il diritto di edificare di ciascuno si diriga solamente a un determinato rispettivo appartamento (Cass., 6 marzo 1974, n. 601).

Tuttavia, nonostante dalla decisione per ultimo richiamata sembri evincersi l'opposto, non occorre un atto unico, potendosi applicare anche in queste ipotesi il principio della formazione progressiva dei contratti; requisito indispensabile è che fra i singoli distinti atti vi sia comunque un collegamento, dal quale si possa desumere la volontà reciproca di tutti i comproprietari (Cass., 6 marzo 1974, n. 601).

In conclusione, ritenendo che la Suprema Corte abbia voluto intendere la rinuncia all'accessione in questo modo, la presunta contraddittorietà sfuma. Anche la rinuncia all'accessione, contenuta necessariamente in un negozio bilaterale, può, dunque, legittimamente impedire l'operare di tale meccanismo acquisitivo.

### *2.7. Regime giuridico applicabile ai rapporti fra comproprietario costruttore e gli altri comunisti.*

Ora, a seguito dell'attenta analisi svolta, è possibile sostenere come l'orientamento fondato sulla presupposta inapplicabilità del principio dell'accessione alle ipotesi opere realizzata su un fondo sottoposto a un regime comproprietario non poggi su solide basi. Innanzitutto esso sembra ritenere sufficiente un mero accordo verbale ai fini della diversa regolazione dei rapporti o, comunque, un accordo non bene individuato né riguardo alla forma né riguardo al contenuto. Al contrario, come si è avuto modo di osservare, è principio consolidato nel nostro ordinamento quello per cui i contratti traslativi della proprietà di beni immobili, quale l'opera edificata sul fondo altrui, o costitutivi, modificativi o estintivi di diritti reali immobiliari su cosa altrui, devono necessariamente essere rivestiti della forma scritta ai fini della loro validità, ai sensi del più volte menzionato articolo 1350 cod. civ. . Si tratta di un principio più volte ripetuto dalla stessa Corte in diverse ipotesi di proprietà comune a più soggetti; è stato affermato, ad esempio, che nel caso di ricostruzione di un edificio in condominio su suolo comune ai condomini in maniera difforme a quello preesistente, la deroga all'operare del meccanismo dell'accessione in favore di tutti i condomini richiede la forma scritta ad substantiam (Cass. civ., sez. I, 23-02-1999, n. 1543); ancora nell'ipotesi di costruzione realizzata sul confine fra due aree contigue, l'unico metodo atto ad impedire che ciascun proprietario dei due fondi diventi proprietario dell'edificio limitatamente alla proiezione verticale di questo sul fondo a lui appartenente, è che i due proprietari stipulino fra di loro una convenzione che rispetti i requisiti di forma di cui all'articolo 1350 cod. civ. (Cass. civ., sez. II, 19-04-1994, n. 3714). Nel caso di un muro edificato anch'esso sul confine fra due aree adiacenti di proprietà esclusiva di due distinti soggetti, normalmente per il principio di accessione, ognuno dei due acquisterebbe la proprietà della sola parte di muro insistente sul suo terreno; salvo che i due proprietari non decidano di concludere un accordo scritto col quale costituiscano una comunione incidentale sul muro; tale comunione, sottolinea la Corte di legittimità, non potrebbe costituirsi automaticamente, mancando i necessari requisiti della "indivisibilità funzionale dell'opus e la univoca destinazione delle cose di proprietà esclusiva a proprietà comune." (Cass. civ., 27-10-1984, n. 551).

Ancora si può leggere nelle pronunce delle Corti di Cassazione che "L'accordo, con il quale i comproprietari di un terreno, progettando la costruzione di un edificio sul medesimo, regolino la proprietà di tale edificio in deroga al principio dell'accessione

di cui all'art. 934 c.c., comporta la costituzione di diritti di superficie, e, pertanto, è soggetto al requisito della forma scritta ad substantiam (art. 1350, n. 2, in relazione all'art. 952 c.c.).” (Cass. civ., 16-03-1984, n. 1811).

Si evince agevolmente come una semplice promessa verbale non possa consentire al dominus soli di trasferire ad altri la proprietà dell'opera realizzata sul suo fondo. Di fatti, stante il fatto che, ai sensi dell'articolo 936 cod. civ., terzo è colui che non sia legato al proprietario del fondo da alcun rapporto di natura reale o personale che lo legittimi a costruire, rimane da considerarsi soggetto terzo anche colui che costruisca sul fondo altrui sulla base di una mera promessa verbale del dominus soli di trasferirgli a lavori ultimati la proprietà dell'opera realizzata a titolo di corrispettivo per i lavori svolti; infatti, essendo oggetto di tale promessa un bene immobile, occorre che sia rivestita della forma scritta e di conseguenza la promessa verbale non risulta idonea ad instaurare alcun rapporto in quanto affetta da nullità ex articolo 1350 cod. civ (Cass. civ., 26-11-1988, n. 6380).

Anche la su accennata concessione ad edificandum richiede necessariamente la forma scritta per poter produrre effetti reali, essendo oggetto di tale concessione la costruzione di un bene immobile; il mero accordo verbale porterà alla produzione di effetti meramente obbligatori, ossia il sorgere di un diritto personale di godimento efficace nei soli confronti del concedente; ne deriverà, dunque, un contratto ad effetti meramente obbligatori assimilabile alla locazione, tramite il quale si concede al conduttore il godimento di un terreno con la possibilità di eseguirvi delle costruzioni di cui godrà finì al termine del rapporto.

Occorreva, dunque, nel caso oggetto della presente trattazione, andare a verificare se fra le parti fosse intervenuto un contratto redatto in forma scritta riguardante il trasferimento della proprietà del suolo sul quale insiste la costruzione realizzata dalla società convenuta oppure se vi fosse stata la costituzione di un diritto di superficie o, comunque di un altro diritto reale capace di scindere la proprietà del suolo dalla proprietà della costruzione, per i quali è sempre necessaria la forma scritta; ovvero vedere se l'attore, comproprietario pro indiviso con la convenuta società del terreno, avesse voluto rinunciare con effetto abdicativo alla propria quota di comproprietà sull'area, accrescendo di conseguenza la quota della società, ai sensi dell'articolo 1104 cod. civ. . Peraltro tale rinuncia, avente lo scopo di avvantaggiare indirettamente la società, accrescendone la quota di comproprietà attraverso il venir meno della compressione che il suo diritto subito subiva a causa del concorrente diritto dell'attore sul medesimo fondo, integrerebbe una donazione indiretta, per la quale non è richiesta la forma dell'atto pubblico prevista per il contratto di donazione (Cass. civ., sez. II, 25-02-2015, n. 3819).

Non possono essere considerati rilevanti ad impedire l'operare del meccanismo dell'accessione il consenso puramente verbale manifestato dall'attore, oppure che esso sia stato incaricato dalla società convenuta di eseguire i lavori ovvero la circostanza che solo quest'ultima abbia effettivamente sopportato le spese per i lavori di costruzione dell'opera. Tutte circostanze che non incidono sul verificarsi del fenomeno espansivo della proprietà.

Tenuto conto, come già si è detto, che nulla osta all'applicazione nei rapporti fra costruttore e proprietario del suolo, delle regole sulla comunione, in quanto disciplina affatto derogatoria all'accessione, tutt'al più tali fattori possono rilevare ai fini dell'esercizio dello ius tollendi da parte dell'attore. Esso consiste nel diritto del proprietario del fondo di veder rimossa l'opera realizzata su di esso; la giurisprudenza ha evidenziato come integri opposizione del dominus soli all'attività edificatoria posta in essere da un terzo con materiali propri, idonea a garantirgli la possibilità di scelta fra ritenzione e rimozione di cui al primo comma dell'articolo 936 cod. civ., "qualsiasi atto o fatto portato a conoscenza del terzo con mezzi idonei con cui detto proprietario manifesti tempestivamente (non oltre sei mesi dalla notizia dell'avvenuta incorporazione) in modo inequivocabile, l'intendimento di reagire e di opporsi all'illecita invasione della propria sfera dominicale."

Da tale definizione la Corte di Cassazione ha, poi, dedotto che non risponde ai requisiti previsti per l'opposizione del proprietario del fondo la proposizione da parte di quest'ultimo del ricorso in sede amministrativa, volto ad ottenere l'annullamento, a seguito della violazione degli indici di edificabilità posti nella zona dal locale strumento urbanistico, della concessione edilizia, sulla base della quale la costruzione è stata effettuata, non essendo scopo primario di detto strumento la contestazione del diritto del terzo a costruire sul fondo, quanto invece quello di tutelare l'interesse legittimo del dominus soli, proprietario del fondo adiacente a quello sul quale è avvenuta l'attività edificatoria, al rispetto delle regole urbanistiche dirette a contenere la densità edilizia nella zona ( Cass. ,26/02/1993, n. 2455).

Non è necessaria una dichiarazione espressa; il dissenso può essere espresso anche tacitamente, purchè abbia carattere recettizio; è necessario, dunque, che l'autore dell'opera ne abbia conoscenza.

E' pacifica in dottrina la sua collocazione fra i diritti potestativi. Di fatti il proprietario del fondo è investito di un potere rispetto al quale l'autore dell'opera si trova in una posizione di soggezione, ciò che è tipico di tali diritti; il primo, infatti, ha il potere di incidere sulla situazione giuridica altrui. Bisogna evidenziare come le opposizioni e le iniziative previste in favore del dominus soli da un lato sono rivolte a rimuovere gli effetti dell'accessione e, per questo, rientrano pienamente nell'alveo dei poteri che costituiscono il nucleo essenziale dei diritti potestativi; dall'altra sono volte a realizzare un acquisto coattivo. Tale inquadramento fra i diritti potestativi, peraltro, giustifica la revocabilità di questi atti, pur dovendo fare i conti con l'idea della risoluzione immediata dell'acquisto prodottosi a seguito dell'avverarsi di tali condizioni. Quindi l'opposizione, come nota il Paradiso, è elemento di una fattispecie complessa il cui perfezionamento da un lato comporta la caducazione dell'acquisto dell'opera avvenuta in base al principio dell'accessione e dall'altra il riacquisto della proprietà del suolo in capo al dominus soli libera dalle aggiunte altrui.

La Corte ritiene che tale potere vada coniugato col principio di tolleranza; in forza di questo è necessario distinguere l'ipotesi in cui l'opera sia stata realizzata con l'esplicito divieto del proprietario del fondo o a sua insaputa dall'ipotesi in cui tale opera sia stata realizzata col suo consenso o, quanto meno, a sua scienza e senza opposizione. Solo nel primo caso potrà ottenere la rimozione dell'edificio, ricorrendo alla tutela in forma

specifica prevista dall'articolo 2933 cod. civ., a norma del quale “se non è adempiuto un obbligo di non fare, l'avente diritto può ottenere che sia distrutto, a spese dell'obbligato, ciò che è stato fatto in violazione dell'obbligo.”; nulla osta, inoltre, se tale opera pregiudica il godimento della cosa comune, alla possibilità del comproprietario non costruttore di ricorrere nei confronti del comproprietario costruttore alle ordinarie azioni possessorie e alla azione di rivendicazione. Viceversa nell'ipotesi in cui egli fosse consapevole di tale realizzazione e, ciò nonostante, non abbia voluto opporsi, gli sarà precluso l'esercizio di questo potere. In caso di mancato esercizio dello ius tollendi, inoltre, al comproprietario costruttore spetterà un diritto di credito, pari al risarcimento delle spese sostenute per l'edificazione dell'opera.

Dunque se ne deduce che la circostanza del consenso dell'altro comproprietario valga unicamente a limitare la sua possibilità di esercitare lo ius tollendi e non a impedire il meccanismo acquisitivo basato sull'accessione.

Pur in assenza di lesione del diritto del singolo comunista, in base alla disciplina della comunione, la rimozione dell'opera può essere disposta sulla base dell'articolo 1108 cod. civ. con deliberazione della maggioranza dei comproprietari.

Riassumendo, nel decidere relativamente a ipotesi di costruzione realizzata da uno solo dei comproprietari su suolo comune, risulta maggiormente conforme alla logica giuridica e al comune senso di giustizia seguire l'orientamento per cui “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.”.

## CAPITOLO III

Analisi dei rapporti fra l'istituto dell'accessione e la costruzione eseguita da uno solo dei coniugi sul terreno comune in regime di comunione legale.

### 3.1. *Comunione ordinaria e comunione legale: differenze.*

La comunione legale rappresenta il regime patrimoniale legale dei coniugi. Essa si instaura, ex lege a seguito della celebrazione del matrimonio, in assenza di una diversa determinazione. Già qui è possibile evidenziare la prima differenza fra le due tipologie di comunione dal punto di vista della fonte: la comunione legale nasce ex lege; la comunione ordinaria, invece, a parte le particolari ipotesi in cui si costituisce anch'essa ex lege, come nel caso della comunione ereditaria, la quale si instaura nell'ipotesi di contitolarità del patrimonio ereditario fra gli eredi, che hanno accettato l'eredità, prima che avvenga la divisione di beni, solitamente si costituisce tramite atti negoziali; questo comporta che, in ossequio al principio della autonomia negoziale, le parti possano determinare liberamente e in piena autonomia il contenuto e le modalità di gestione del diritto sul bene comune, senza che operino gli stringenti vincoli previsti per la comunione legale.

Indubbia ed evidente è la differenza sotto il profilo soggettivo, dal momento che i soggetti fra i quali può costituirsi il regime di comunione legale possono essere esclusivamente persone tra loro coniugate.

Essa, peraltro, è mera fonte della contitolarità che però potrebbe anche non verificarsi nell'ipotesi in cui i coniugi non effettuino alcun acquisto. Si tratta di un istituto che presenta le caratteristiche proprie della *communio iuris* germanici, anche detta comunione a mani riunite, in cui per l'appunto mancano le quote e si ha un modello di tipo collettivistico. L'istituto consente ai coniugi di essere titolari ciascuno nella misura del cinquanta per cento di determinati beni e diritti, anche obbligatori.

Dal punto di vista dell'oggetto, l'articolo 1100 cod. civ. menziona per la comunione ordinaria la proprietà o altro diritto reale, senza porre limitazioni e in maniera generica. Costituiscono, invece, oggetto della comunione legale, a norma dell'articolo 177 cod. civ., "gli acquisti (o sarebbe meglio dire i diritti su tali acquisti) compiuti dai due coniugi insieme o separatamente durante il matrimonio, ad eccezione di quelli relativi a beni personali": si ricomprendono tanto gli atti che implicano trasferimento della proprietà quanto quelli che costituiscono diritti reali sul bene; "le aziende gestite da uno da entrambi i coniugi e costituite dopo il matrimonio": la norma precisa, tuttavia, che se si tratta di aziende di cui è proprietario uno solo dei coniugi prima del matrimonio ma gestite da entrambi, ricadono in comune solo gli utili e gli incrementi. Invece cadono in comunione solo se sussistenti allo scioglimento della stessa, così detta comunione de residuo: "i frutti dei beni propri di ciascuno dei coniugi, percepiti e non consumati allo scioglimento della comunione", "i proventi dell'attività separata di ciascuno dei coniugi", riferendosi tanto ai proventi derivanti dal lavoro subordinato

tanto a quelli derivanti da lavoro autonomo; infine “i beni destinati all’esercizio dell’impresa di uno dei coniugi costituita dopo il matrimonio e gli incrementi dell’impresa costituita anche precedentemente”, sempre se sussistano al momento dello scioglimento della comunione. La specifica previsione legislativa dei beni facenti parte della comunione legale consente di evidenziarne il carattere parziale e non universale: di fatti i coniugi rimangono titolari di un proprio patrimonio autonomo accanto a quello comune. I coniugi, dunque, non possono scegliere quali beni ricompredervi e quali escludere; tutt’al più possono mutare il loro regime patrimoniale al fine di ricompredere quei beni che non possono rientrare nella comunione legale tramite atti dalla forma solenne opponibili ai terzi esclusivamente con l’annotazione a margine dell’atto di matrimonio. Tale regime speciale è il riflesso dei principi di solidarietà ed uguaglianza che caratterizzano il matrimonio, i quali trovano riconoscimento innanzitutto nella Carta Costituzionale all’articolo 29, secondo comma, in cui si legge che “il matrimonio è ordinato sull’uguaglianza morale e giuridica dei coniugi”. Tali principi poi permeano l’intero sistema di disposizioni volte alla regolazione del rapporto di coniugio, in primis e sopra tutti l’articolo 143 cod. civ., nel quadro dei diritti e dei doveri nascenti dal matrimonio; tale norma innanzitutto afferma nel primo comma che col matrimonio i coniugi acquistano i medesimi diritti e assumono i medesimi doveri, per poi specificare gli obblighi scaturenti, fra i quali si ritrovano quello all’assistenza morale e materiale e alla collaborazione nell’interesse della famiglia. Chiude la disposizione l’importante obbligo di contribuzione, pur in relazione alle sostanze e alla capacità di lavoro professionale o casalingo di entrambi. La riforma del diritto di famiglia, legge 19 maggio 1975, n. 151, puntava a spingere i coniugi alla condivisione dei propri incrementi di ricchezza nell’interesse primario della famiglia. L’obiettivo è equilibrare il peso delle risorse prodotte da ciascun coniuge indipendentemente dalla loro provenienza dal lavoro casalingo o dal reddito derivante da lavoro. Viene riconosciuta rilevanza ai dal punto di vista della contribuzione ai bisogni della famiglia al lavoro prestato in casa.

L’opposto di tale regime è rappresentato dalla separazione dei beni, alla quale i coniugi possono addivenire o per il tramite di una dichiarazione resa davanti all’ufficiale dello stato civile al momento del matrimonio e recepita poi nell’atto di matrimonio oppure successivamente mediante la stipula di una convenzione matrimoniale, con la quale è possibile non solo scegliere il tipo di regime patrimoniale della famiglia ma anche sostituire o modificare in qualunque momento quello esistente. Tale regime consente ai coniugi, a differenza di quanto avviene con la comunione legale, di mantenere la titolarità esclusiva dei beni acquistati in costanza di matrimonio. Ciò non toglie che i coniugi possano avere comunque dei beni in comune che, tuttavia, seguiranno le regole della comunione ordinaria e non di quella legale. Come potrebbe avvenire ad esempio nel caso in cui essi decidano di acquistare un nuovo bene successivamente al matrimonio e di divenirne comproprietari; oppure potrebbe verificarsi l’ipotesi prevista dall’articolo 219 cod. civ., per il quale “i beni di cui nessuno dei coniugi può dimostrare la proprietà esclusiva sono di proprietà indivisa per pari quota di entrambi i coniugi. La scelta di mantenere separate le proprietà dei rispettivi beni potrebbe essere vantaggiosa nel caso in cui uno dei coniugi sia titolare di un’attività commerciale,

esposta al rischio di fallimento; in questo modo, infatti, i creditori non potranno aggredire i beni facenti parte del patrimonio dell'altro coniuge ma esclusivamente quelli del titolare dell'attività. Sotto la vigenza del regime di comunione legale le cose andrebbero in maniera assolutamente diversa.

Bisogna infatti tenere presente che la comunione legale, a differenza di quella ordinaria, è definita una comunione senza quote. Mentre la comunione ordinaria aderisce al modello romanistico di comunione, così detta *communio incidens*, contraddistinto dalla sua struttura in quote, in cui viene idealmente diviso il bene e delineante un modello fortemente individualistico che si esprime attraverso il concorso di più diritti reali individuali sul medesimo bene, quella legale presenta le caratteristiche proprie della *communio iuris germanici*, anche detta comunione a mani riunite, in cui per l'appunto mancano le quote e si ha un modello di tipo collettivistico. Ciò significa che i coniugi sono, anche nei rapporti con i terzi, titolari solidalmente di un diritto avente oggetto tutti i beni della comunione e non una singola parte o quota di questi. Le quote nella comunione legale devono essere necessariamente uguali, come evidenziato dall'articolo 210 cod. civ., il quale prevede l'inderogabilità, oltre che delle norme sull'amministrazione dei beni della comunione, anche delle norme sull'uguaglianza delle quote; o come si evince dal disposto dell'articolo 194 cod. civ. postula una ripartizione in parti uguali dell'attivo e del passivo in sede di divisione dei beni della comunione. Nella comunione ordinaria, invece, le quote dei partecipanti possono anche essere diseguali. Questo, innanzitutto, perché sono diverse le finalità perseguite dalla disciplina delle due tipologie di comunione: in quella ordinaria si punta a tutelare la proprietà individuale mentre le norme preposte alla comunione legale mirano a tutelare l'interesse della famiglia, per il tramite di particolari forme di protezione della posizione dei coniugi; in particolare con riguardo al regime degli acquisti: lo scopo della disciplina, che è quella di attribuirli in comunione a entrambi i coniugi, va oltre il carattere del bene della vita acquisito e la natura reale o personale del diritto che ne forma oggetto. Da ciò si ricava che anche i crediti e lo stesso dicasi per i diritti a struttura complessa come i diritti azionari, in quanto rispondenti alle caratteristiche previste dagli articoli 810 e ss. cod. civ., ai sensi del quale beni sono tutte le cose che possono formare oggetto di diritti, possono a pieno titolo far parte della comunione, tramite testamento o donazione oppure ancora ai sensi dell'articolo 177, primo comma lett. a. Si può dire che la comunione ordinaria, essendo finalizzata al godimento dei beni in comune, assolve una funzione statica, mentre quella legale, garantendo il fondamentale rispetto della parità dei coniugi sotto il profilo patrimoniale e fornendo alla famiglia nel suo complesso un utile strumento di arricchimento ai fini sia del soddisfacimento dei propri bisogni che dell'accumulo di ricchezza, assolve una funzione più dinamica. La prima ha ad oggetto diritti che fanno già parte di un determinato patrimonio; la seconda, invece, gli acquisti futuri che i coniugi effettueranno, insieme o singolarmente, sino allo scioglimento della stessa.

Sono state avanzate diverse tesi volte a spiegare la ratio sottesa all'istituto della comunione legale.

Una prima rinveniva il fine di tale disciplina nella remunerazione del lavoro femminile. Tale tesi, tuttavia, non regge dal momento che in primis mancano delle basi testuali e,

poi, se ciò fosse vero, al momento dello scioglimento della comunione, occorrerebbe tenere conto del lavoro prestato o meno in concreto, mentre il regime legale opera a prescindere dal contributo prestato.

Altra tesi ritiene che lo scopo della comunione legale sia quello di assicurare il principio della parità dei coniugi espresso dal capoverso dell'articolo 29 della Costituzione. Accogliendo una tale impostazione, tuttavia, risulterebbe incostituzionale il regime di separazione dei beni; ma dal momento che la comunione colpisce determinati beni dei coniugi, non esclude il regime di separazione, bensì si sovrappone e si aggiunge a questo. Nel momento contributivo, espresso dall'articolo 143 cod. civ., il principio di parità può sicuramente trovare una valida formulazione ma lo stesso non può dirsi nel momento distributivo, nel cui ambito si muove la comunione legale. Anzi, una volta ripartito, nella fase contributiva, in maniera paritaria fra i coniugi l'onere di contribuire ai bisogni della famiglia, sarebbe da considerarsi valido il regime separazione; esso comporta, infatti, che ciascun coniuge possa tenere per sé tutto ciò che è prodotto in più rispetto a quanto è necessario destinare alla famiglia. Così le esigenze di contribuzione non finiscono per comprimere la spontaneità e la libertà di determinazione dei coniugi.

La tesi prevalente, comunque, individua la ratio nell'intento di eguagliare la partecipazione dei coniugi all'incremento del patrimonio realizzato durante la vita matrimoniale; l'attribuzione al solo coniuge che abbia procurato l'acquisto si tradurrebbe nella irrilevanza del contributo, diretto o indiretto, che l'altro coniuge ha prestato al patrimonio familiare.

Tale impostazione trova consensi anche nella giurisprudenza di legittimità, la quale afferma appunto che il regime di comunione legale è finalizzato al raggiungimento di un'uguaglianza economica dei coniugi in riferimento agli acquisti compiuti durante il matrimonio e per tale motivo è incompatibile con la presunzione di appartenenza del denaro al coniuge imprenditore relativamente agli acquisti espresso dall'articolo 70 della legge fallimentare.

Proseguendo con l'analisi delle differenze, il singolo coniuge, a differenza di quanto avviene nella comunione ordinaria, non ha il diritto potestativo di chiedere la divisione della comunione legale, posto che essa può sciogliersi per volontà di entrambi i coniugi o per una delle cause tassativamente ammesse dal legislatore nell'articolo 191 cod. civ. . Persino nell'ipotesi di separazione personale voluta da uno solo dei coniugi è prevista una normativa di tutela della famiglia che impedisce lo scioglimento sic et simpliciter del rapporto. In maniera completamente opposta l'articolo 1111 cod. civ. prevede che ciascuno dei partecipanti alla comunione ordinaria possa sempre domandare lo scioglimento della comunione.

La diversità di funzione si riflette anche sulla diversa disciplina riguardante l'amministrazione dei beni nelle due tipologie di comunione: la comunione legale di fatti segue una disciplina speciale dettata dagli articoli 180 e ss. cod. civ., che prevedono l'amministrazione disgiunta per gli atti di ordinaria amministrazione e la relativa rappresentanza in giudizio e quella congiunta per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione; viceversa la disciplina di cui agli articoli 1105 e ss. cod. civ. prevede per gli atti del primo tipo il consenso della maggioranza dei partecipanti e per i secondi

la maggioranza qualificata dei due terzi calcolata sul valor complessivo del bene comune.

La necessità di distinguere i due istituti aveva suscitato in passato l'intervento della Corte Costituzionale con la sentenza n. 311/1988, indotta dalla questione di legittimità costituzionale sollevata a seguito della presunta valenza derogatoria dell'articolo 184 cod. civ., in materia di comunione legale, rispetto alla disciplina della comunione ordinaria. Il Tribunale adito, infatti, aveva reputato tale articolo, avente ad oggetto atti compiuti da uno dei coniugi senza il necessario consenso dell'altro come una deroga alla regola generale, prevista per la comunione ordinaria, di inefficacia degli atti di disposizione a non domino e, nello specifico, dell'atto dispositivo posto in essere da uno dei comproprietari senza la partecipazione degli altri: tanto in via diretta quanto per il tramite di una apposita procura rilasciata in favore del comproprietario alienante. La Consulta in questa importante sentenza parte dal presupposto che, per rinvenire la regola di un determinato istituto giuridico, occorre analizzare le disposizioni preposte alla sua regolazione e non soffermarsi su regole precostituite. La struttura normativa della comunione legale è diversa da quella della comunione ordinaria. Quest'ultima è una comunione per quote, oggetto di un diritto individuale di singoli partecipanti, come si evince anche dal fatto che "l'ipoteca costituita sulla propria quota da uno dei partecipanti alla comunione produce effetto rispetto a quei beni o a quella porzione di beni che a lui verranno assegnati nella divisione." (art. 2825 cod. civ.). Queste porzioni ideali del bene limitano la possibilità di ciascun partecipante di disporre della cosa comune; l'articolo 1103, primo comma, cod. civ., infatti, prevede che ciascun partecipante possa disporre del suo diritto e cedere ad altri il godimento della cosa esclusivamente nei limiti della sua quota. Nella comunione legale, invece, come si è detto, i coniugi sono titolari in solido di un diritto avente ad oggetto tutti i beni della comunione, come si deduce dal disposto del secondo comma dell'articolo 189 cod. civ., il quale consente ai creditori personali di uno dei coniugi di soddisfarsi "in via sussidiaria sui beni della comunione, fino al valore corrispondente alla quota del coniuge obbligato.". La funzione delle quota nelle due tipologie di comunione è differente: in quella ordinaria è elemento strutturale, mentre in quella legale è prevista allo scopo di stabilire in che misura i beni della stessa possano essere aggrediti dai creditori particolari, ossia fino al valore corrispondente alla quota del coniuge obbligato; inoltre la responsabilità in via sussidiaria dei coniugi con i propri beni personali verso i creditori della comunione (articolo 190 cod. civ.); infine per stabilire la proporzione in cui, allo scioglimento della comunione, saranno ripartiti l'attivo e il passivo tra i coniugi i loro eredi ex articolo 194 cod. civ. .

Se ne deduce, dunque, che i coniugi possano disporre dei beni della comunione nei rapporti con i terzi, mentre non possono certamente trasferire la loro quota. Il consenso previsto dall'articolo 180, secondo comma, cod. civ., nell'ambito dell'amministrazione congiuntiva dei beni relativamente agli "atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, nonché la stipula dei contratti con i quali si concedono o si acquistano diritti personali di godimento e la rappresentanza in giudizio per le relative azioni", non va inteso come un'autorizzazione all'esercizio di un potere che altrimenti non si avrebbe ma, al contrario, come un atto che elimina un limite all'esercizio di quel potere. Assurge,

dunque, al ruolo di elemento perfezionativo della fattispecie dispositiva e la sua mancanza, se oggetto dell'atto di disposizione è un bene immobile o mobile registrato, rende viziato il negozio e, quindi, annullabile.

Risulta infondato a questo punto considerare l'atto compiuto dal coniuge ai sensi dell'articolo 184, primo comma, come un acquisto a non domino; si tratta, invece, di un acquisto a domino avvenuto tuttavia sulla base di un titolo viziato.

Tale disposizione, in ossequio alle esigenze di certezza e rapidità della circolazione dei beni in regime di comunione legale, regola il conflitto tra il terzo e il coniuge pretermesso in modo più favorevole al primo, rispetto a quanto avverrebbe se l'atto dispositivo fosse stato compiuto sotto il regime di comunione ordinaria; per questo l'atto dispositivo non viene reputato di per sé inefficace né nei confronti dei terzi né nei confronti della comunione ma è unicamente esposto al rischio dell'annullamento su istanza del coniuge pretermesso; azione, peraltro, sottoposta ad un termine prescrizionale molto ristretto, ossia un anno dalla conoscenza effettiva dell'atto oppure, in via residuale, dalla trascrizione o dallo scioglimento della comunione. Sulla base di tali presupposti, la Corte ha stabilito che “per l'esecuzione in forma specifica di un preliminare di vendita immobiliare non è necessaria la sottoscrizione di entrambi i coniugi in comunione legale, ma è sufficiente il consenso dell'altro coniuge e la mancanza del suo consenso si traduce in un vizio da far valere ai sensi dell'art. 184 c.c. (nel rispetto del principio generale di buona fede e dell'affidamento) nel termine di un anno decorrente dalla conoscenza dell'atto o dalla data di trascrizione.” (Cass., sez. II, 24/07/2012, n. 12923).

Ancora la considerazione unitaria del diritto dei coniugi ha portato la Corte ad affermare che, in ipotesi di immobili non comodamente divisibili, l'attribuzione dell'intero immobile in comproprietà ai coniugi, contitolari in regime patrimoniale di comunione legale dei beni della quota maggiore, non è in contrasto con il principio del favor divisionis al quale è informato l'art. 720 cod. civ., ai sensi del quale tali immobili dovrebbero essere compresi per intero, con addebito dell'eccedenza, nella porzione di uno dei coeredi aventi diritto alla quota maggiore, o anche nelle porzioni di più coeredi, sempre che questi ne richiedano congiuntamente l'attribuzione (Cass. ordinanza n. 22082, 25/10/2011).

In tal senso si è espressa di recente la Corte di Cassazione nella sentenza 33546/2018, ribadendo quanto appena detto.

Nella pronuncia si legge che la natura di comunione senza quote della comunione legale fra i coniugi permane solo fino al momento in cui, per effetto di una delle cause di scioglimento tassativamente elencate dall'articolo 191 cod. civ., i beni e i diritti cadono in regime di comunione ordinaria; ciò solo temporaneamente sino al momento della divisione. La stessa Corte nella sentenza n. 8803/2017 aveva sostenuto come l'espressione senza quote non sia altro che un “artificio tecnico-giuridico” atto ad evidenziare il diritto del coniuge a non entrare in comunione con soggetti estranei alla stessa, difendendo in questo modo il patrimonio familiare da ingerenze di terzi. Da questo deriva la possibilità di alienare il bene nella sua interezza, pur senza il consenso dell'altro coniuge e salva la convalida successiva dell'atto viziato, o di espropriarlo vendendolo per intero. L'esigenza di difendere il patrimonio familiare, tuttavia, non

comporta che, scioltasi la comunione e avendo maturato le parti un diritto di credito verso i beni relitti, uno degli ex coniugi non possa cedere la sua quota, ossia la corrispondente misura dei suoi diritti verso l'altro, senza che debba per ciò configurare l'invalidità dell'atto di trasferimento. Tale alienazione, infatti, terminato il regime di comunione legale non provoca più alcun danno riconducibile all'acquisto del terzo; non va confuso, sottolinea la Corte, la persistenza del vincolo coniugale, il quale non viene intaccato dallo scioglimento della comunione che riguarda unicamente la dissoluzione del regime di contitolarità dei beni comuni, col nuovo regime dei beni che si viene a creare. Non è seriamente ipotizzabile, infatti, che, una volta venuto meno il regime di comunione legale e con esso le esigenze che lo giustificavano, i beni che ne facevano parte debbano continuare ad essere assoggettati ad un regime di circolazione così limitato, in quanto assoggettato esclusivamente al consenso dei titolari per l'intero; essendo, peraltro, tali esigenze venute meno a seguito di vicende attinenti sia il vincolo personale, quali ad esempio lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio o la separazione personale, sia lo stesso potere di disposizione di uno dei coniugi, quale ad esempio il fallimento. Ovviamente ciascun coniuge potrà liberamente alienare la propria quota in quanto conservi il potere di disporne.

La Corte, tuttavia, esclude dalla possibilità di disporre liberamente e separatamente i diritti, come quello di usufrutto, la cui durata non può eccedere la vita del soggetto che ne è titolare, come si legge nel primo comma dell'articolo 979 cod. civ. . In questa ipotesi, infatti, lo scioglimento della comunione in conseguenza della morte del coniuge titolare del diritto di usufrutto comporta l'estinzione della sua quota di spettanza, sempre che nel titolo costitutivo del diritto di usufrutto non si sia stabilito che tale quota vada ad incrementare quella del coniuge superstite. Tale ipotesi è quella che va sotto il nome di usufrutto congiuntivo, caratterizzato appunto dal diritto di accrescimento delle quote dei contitolari, il quale impedisce la consolidazione di qualsiasi quota dell'usufrutto con la nuda proprietà fin quando rimane in vita uno dei contitolari originari. La Corte ha avuto modo di precisare che, nonostante tale figura sia disciplinata nell'ambito del legato, all'articolo 678 cod. civ., il quale afferma che "quando a più persone è legato un usufrutto in modo che tra di loro vi sia il diritto di accrescimento, l'accrescimento ha luogo anche quando una di esse viene a mancare dopo conseguito il possesso della cosa su cui cade l'usufrutto", anche un atto inter vivos è idoneo a generare questo diritto di accrescimento tra cousufruttuari; determinando in tal modo la sopravvivenza del diritto sino alla morte dell'ultimo degli usufruttuari e la sua stabilità, senza la conseguente riespansione della proprietà in virtù della sua già richiamata elasticità, pur quando esso si sia estinto nei riguardi di taluno dei titolari. Viene superato in tal modo il remoto orientamento della stessa Corte che vietava tale tipologia di usufrutto in ragione del presunto contrasto col carattere temporaneo del diritto espressione di un principio di ordine pubblico.

Ai fini della validità di tale costituzione è comunque necessario che risulti, seppur in maniera implicita, ma inequivoca, la volontà concorde delle parti di dar vita fra loro al diritto di accrescimento.

Dunque nell'ambito della comunione legale, se l'atto viene stipulato da entrambi i coniugi, l'acquisizione del diritto di usufrutto alla comunione permane, nella sue

interezza e senza quote, sino allo scioglimento della stessa; avvenuto lo scioglimento, tale diritto cade in comunione ordinaria fra i coniugi, i quali diventano contitolari, ciascuno per la sua quota, sino alla naturale estinzione del diritto, la quale potrebbe avvenire per scadenza del termine oppure per morte del titolare, a meno che non sia stato previsto nel titolo costitutivo, come si è appena avuto modo di vedere, l'accrescimento della quota del coniuge superstite.

Nella diversa ipotesi in cui l'atto di acquisto del diritto di usufrutto sia compiuto da uno solo dei coniugi si porrà, invece, il diverso problema della tutela dell'affidamento del nudo proprietario.

La natura senza quote della comunione legale si riflette anche con riguardo alla specifica disciplina dell'espropriazione dei beni caduti in regime di comunione legale fra i coniugi, come nota la Corte di Cassazione nella sentenza 6575/2013. Innanzitutto non può trovare applicazione la disciplina sull'espropriazione di quote di cui agli articoli 599 e ss. cod. civ. né quella contro il terzo debitore; nel primo caso poiché il bene appartiene ad altro soggetto solidamente per l'intero, il quale non potrebbe comunque agire separatamente per lo scioglimento della comunione limitatamente a quel cespite; nell'altro perché è eccezionale e per tale motivo non può essere applicato analogicamente l'assoggettamento a procedura esecutiva di un individuo che non è debitore.

Secondo la sentenza la previsione che meglio potrebbe soddisfare le sole esigenze della comunione legale sarebbe quella che preveda l'impignorabilità dei beni per crediti diversi da quelli familiari; tuttavia una tale ricostruzione vanifica senza alcun motivo le ragioni dei creditori dei singoli coniugi per crediti non familiari: i coniugi infatti non sono sottratti, per il sol fatto di essere coniugati, al principio della responsabilità patrimoniale illimitata espresso dall'articolo 2740 cod. civ., ai sensi del quale il debitore risponde dell'adempimento delle sue obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Inoltre il regime di comunione legale al quale sono sottoposti beni dei coniugi non impedisce ai creditori personali di ciascun coniuge di soddisfarsi sui beni della comunione, prevedendosi solamente un regime di sussidiarietà come delineato dall'articolo 189 cod. civ.; peraltro non è previsto alcun onere per il creditore procedente di esperire preventivamente e con esito negativo l'azione esecutiva sui beni del coniuge obbligato o di compiere indagini sulla loro esistenza; al contrario l'onere sussiste in capo a ciascuno dei coniugi e, quindi, in capo a quello non debitore, i quali se vogliono possono opporre o eccepire l'esistenza di beni personali del coniuge debitore da aggredire preventivamente.

La prospettata impignorabilità dei beni comuni per crediti non familiari, inoltre, finirebbe per impedire ai coniugi la possibilità di accesso al credito con conseguenze negative sulla gestione del patrimonio familiare, dal momento che i coniugi non potrebbero partecipare pienamente al traffico giuridico.

La Corte nella sentenza propone pertanto tre diverse alternative ricostruttive. La necessità di aggredire il bene per l'intero, ipotesi resa complicata nella pratica in sede di distribuzione dalla possibilità di scelta fra la restituzione della metà del ricavato al coniuge non esecutato o alla comunione; facoltatività dell'aggressione per una sola metà; l'indispensabilità dell'aggressione per una sola metà.

Tutte le prospettate ricostruzione prestano il fianco a critiche; occorrerà dunque rinvenir l'ipotesi meno gravosa dal punto di vista delle ricadute pratiche ed operative e maggiormente coerente con la natura senza quote della comunione legale.

Se si ammettesse, tanto in via obbligatoria quanto in via facoltativa, un'espropriazione per la sola quota della metà, significherebbe ricorrere all'espropriazione per quote con un sostanziale stravolgimento della natura della comunione legale data dalla possibilità di assegnare la quota del coniuge debitore ad estranei o di venderla giudizialmente, facendo anche in questo caso intervenire un estraneo.

Inoltre se un bene non è diviso in quote non è possibile per il creditore pignorarne una quota soltanto, pena l'attribuzione al pignoramento della possibilità di costituire diritti reali, cosa assolutamente impossibile.

Dunque l'assenza di quote porta a considerare come legittimo, per i crediti personali verso uno dei coniugi, il pignoramento del bene per l'intero, dal quale conseguono la vendita e l'assegnazione del bene sempre per l'intero e lo scioglimento della comunione legale limitatamente a quel bene, al momento del trasferimento della proprietà di detto bene; esso determina l'insorgere in capo al coniuge non debitore del diritto al controvalore lordo del bene nel corso della procedura esecutiva, in osservanza dei principi generali sulla ripartizione del ricavato della comunione al momento del suo scioglimento.

Nella fase di distribuzione del bene, dal momento che questo è uscito dalla comunione con la vendita ed assegnazione per intero, il ricavato non potrà essere attribuito per metà alla procedura esecutiva e per l'altra metà restituito alla comunione; esso andrà ripartito fra i coniugi alla stregua di come ognuno di loro avrebbe diritto al controvalore della metà dei beni, al fine di salvaguardare l'operatività della responsabilità patrimoniale del coniuge debitore. A ciò si aggiunga che l'appartenenza della metà del controvalore spettante al coniuge debitore alla comunione si tradurrebbe in una possibile infinità di esecuzioni individuali su questo controvalore, solo formalmente restituito alla comunione ma in realtà soggetto al soddisfacimento del credito del creditore particolare di uno dei coniugi.

Va evidenziato, infine, come non siano mancate le critiche in dottrina all'idea dell'assenza di quote nella comunione legale, ossia all'immagine della comunione legale come proprietà solidale. Innanzitutto, come si è visto, la quota in tale tipologia di comunione assume rilevanza per i terzi creditori, indicando la misura in cui il patrimonio comune risponde per i debiti personali di ciascun coniuge, ossia "fino al valore corrispondente alla quota del coniuge obbligato" ex articolo 189, secondo comma, cod. civ.; già questo secondo la critica evidenzia una funzione della quota non così irrilevante da negarle qualsiasi valore. Inoltre la quota riacquisterebbe valore anche in sede di divisione dei beni della comunione, determinando la misura in cui questi verranno ripartiti. L'articolo 210, terzo comma, cod. civ. menziona espressamente la quota, stabilendo l'inderogabilità delle disposizioni relative all'amministrazione dei beni e all'uguaglianza della quota, "limitatamente ai beni che formerebbero oggetto della comunione legale".

La dottrina dissenziente si scaglia anche contro l'interpretazione del capoverso dell'articolo 189 cod. civ. fornita dalla Consulta nella citata sentenza 388/1988, in base

alla quale i coniugi non sono titolari individualmente di un diritto di quota, bensì solidalmente titolari di un diritto avente ad oggetto i beni della comunione, definendola apodittica: infatti tale disposizione afferma espressamente che il limite all'esecuzione dei creditori personali sui beni comuni è rappresentato dalla quota del coniuge obbligato; ciò non lascia dubbi sul fatto che la comunione sia composta da quote appartenenti a ciascuno dei coniugi, altrimenti non si spiegherebbe l'utilizzo del complemento di specificazione del coniuge obbligato.

Ancora, secondo tale dottrina, se la comunione legale fosse veramente caratterizzata dalla comproprietà solidale, allora i debiti personali di ciascun coniuge dovrebbero impegnare senza limiti il patrimonio comune; invece il più volte citato articolo 189 cod. civ. risulta di tutt'altro avviso.

Infine nel concetto stesso di comproprietà solidale è insito che ciascuno dei soggetti attivi possa compiere lecitamente ogni atto di esercizio del diritto stesso, incluso ogni atto di disposizione; al contrario l'articolo 180 cod. civ. in materia di comunione legale prevede espressamente il compimento congiunto, o comunque col necessario consenso di entrambi, da parte dei coniugi degli atti di straordinaria amministrazione, "nonché la stipula dei contratti con cui si concedono o si acquistano diritti personali di godimento" e, dunque, anche gli atti di disposizione dei beni della comunione; e, come si è visto, il compimento di tali atti senza il necessario consenso dell'altro ne determina l'illiceità, come evidenziato dalle sanzioni previste dall'articolo 184 cod. civ.; per tale motivo il compimento di quegli atti in regime di comunione legale non potrà essere considerato manifestazione di un diritto di esercizio solitario di un potere che spetterebbe solidalmente a ciascuno dei coniugi.

### 3.1.1. *La natura giuridica della comunione legale.*

Assai dibattuta e controversa è stata l'individuazione della natura giuridica della comunione legale. Sul punto si sono susseguite diverse teorie.

Una prima la considera una fattispecie a formazione progressiva, in quanto non si perfezionerebbe al momento della costituzione, bensì solo nel momento del suo scioglimento, producendo in tale momento i suoi effetti tipici; tale teoria è conosciuta anche come tesi della comunione quale mero vincolo. Essa, infatti, costituirebbe un mero vincolo sui beni acquistati dai coniugi in regime di comunione legale.

Le origini di una tale singolare concezione sono da rinvenirsi nella concezione originaria dell'istituto, basata su un sistema in cui vi era una profonda disparità fra marito e moglie; basti pensare che al marito competevano penetranti poteri sui beni della comunione, potendo disporne a suo piacimento anche a titolo gratuito, mentre la moglie non poteva compiere alcun atto dispositivo. Solo una tale disparità di trattamento poteva giustificare una simile concezione della comunione legale quale vincolo che si perfeziona e trasforma in un vero e proprio diritto solo al momento dello

scioglimento. Ed è per questo che una tale ricostruzione non può trovare applicazione nell'ordinamento attuale in cui non vi è più alcuna disparità fra marito e moglie.

Non è mancato, comunque, anche a seguito della riforma del diritto di famiglia del 1975, chi ha proposto un ritorno all'idea della comunione legale come fattispecie a formazione progressiva, le cui fasi perfezionative sarebbero: il matrimonio, l'acquisto dei beni e lo scioglimento della comunione. Solo l'avverarsi di tutti questi elementi comporterebbe la realizzazione della comunione legale; prima i coniugi sarebbero titolari di una mera aspettativa. In base a questo regime gli acquisti compiuti da uno dei coniugi separatamente non cadrebbero automaticamente sotto la contitolarità dell'altro coniuge; solo al momento dello scioglimento della comunione egli acquisterebbe il diritto avente ad oggetto la metà del patrimonio comune. Prima di tale momento vi sarebbe solo un vincolo di inalienabilità del bene acquistato a carico del coniuge acquirente.

Una considerazione a favore di questa tesi risiede nella constatazione che, ai sensi dell'articolo 191 cod. civ., lo scioglimento della comunione legale comporta soltanto la cessazione del regime e del coacquisto automatico, ma non in via automatica la divisione dei beni comuni.

La teoria ha comunque riscontrato una limitata approvazione nella giurisprudenza di merito. Alcune pronunce sostenevano per l'appunto che ciascun coniuge, anche acquirente esclusivo di un bene entrato a far parte della comunione legale, non fosse titolare di un diritto reale, bensì di una aspettativa a conseguire un valore pari al cinquanta per cento del patrimonio in comunione; peraltro secondo questa giurisprudenza favorevole il diritto nascente dallo scioglimento della comunione non implicava necessariamente il mutamento della precedente titolarità dei beni.

Sicuramente una tale concezione non poggia su solide fondamenta. Innanzitutto sono gli stessi termini utilizzati dal legislatore a smentirla: infatti le espressioni "scioglimento" e "comunione", inducono già da sole a propendere per una situazione di contitolarità di diritti piuttosto che di proprietà individuale.

La negazione della contitolarità, inoltre, si porrebbe in contrasto con la stessa funzione della disciplina della comunione legale, volta a garantire che ciascun coniuge partecipi effettivamente agli incrementi di ricchezza apportati dall'altro, anche durante il regime di comunione attraverso un'apposita azione di rivendica, con annessa trascrizione della relativa domanda al fine di far conoscere ai terzi estranei il rischio di perdere il diritto acquisito sulla base di atti di alienazione posti illegittimamente in essere dal coniuge apparente unico titolare.

L'accoglimento di questa teoria, inoltre, renderebbe vana la distinzione fra comunione immediata e comunione de residuo, in cui realmente accade che il coniuge non titolare del diritto lo acquisti effettivamente allo scioglimento della comunione, peraltro non necessariamente ma solo nell'eventualità che permanga. Solo qui è possibile vedere il mutamento dell'aspettativa del coniuge in vero e proprio diritto e ciò non va, dunque, inteso come regola generale. A ben vedere, però, lo stesso termine aspettativa appare fuori luogo in questo ambito; ai sensi dell'articolo 1356 cod. civ., infatti, il titolare di questa posizione giuridica può solo compiere atti conservativi e tali non possono essere

certamente considerati quelli compiuti dai coniugi. Impensabile con la tutela di una mera aspettativa è, d'altronde, quella prevista dall'articolo 184 cod. civ.

Secondo un'altra teoria, poi, la comunione legale sarebbe un soggetto di diritto distinto dai coniugi, essendo dotato di un proprio patrimonio, una propria autonomia negoziale e una propria capacità processuale. Essa si gioverebbe di un particolare regime giuridico, il quale pur non comportando un'autonomia patrimoniale perfetta, è pur sempre caratterizzato dalla parziale insensibilità fra il patrimonio comune e i patrimoni personali dei singoli coniugi, dal momento che per le obbligazioni riguardanti la comunione la garanzia primaria è rappresentata dai beni della stessa e solo sussidiariamente garantiscono le obbligazioni assunte personalmente dai coniugi.

A sostegno di tale impostazione militano gli articoli 180, che parla di "rappresentanza in giudizio per gli atti relativi ad essa" e, quindi alla comunione soltanto e l'articolo 186 che si riferisce alla responsabilità dei beni della comunione. Inoltre il legislatore distingue il patrimonio personale da quello della comunione attribuendo a ciascuno delle regole speciali.

A tale teoria non sono state risparmiate critiche. Una di queste si basa sulla constatazione che gli organi di un soggetto di diritto, per poter imputare ad esso i negozi stipulati e, dunque, impegnarne la responsabilità, devono necessariamente dichiarare in suo nome e per suo conto, non per forza attraverso la menzione espressa del nome del dominus per conto del quale agiscono, comunque manifestando l'intenzione di non concludere il negozio per sé ma in nome e per conto di un altro soggetto. Quanto detto non sembra valere per la comunione dal momento che in base all'articolo 177, primo comma, lett. a, i diritti acquistati anche separatamente cadono in comunione anche in assenza della menzione del regime legale; addirittura vi ricadono ugualmente anche se il coniuge abbia mentito circa il suo status.

Autorevole dottrina ritiene peraltro che il complesso delle disposizioni in tema di responsabilità dei coniugi in comunione non porta alla rilevazione di una responsabilità separata che giustifichi l'idea un soggetto autonomo o quella di un patrimonio di destinazione.

A questa critica si oppone altra parte della dottrina che, al contrario, configura la comunione legale come un patrimonio di destinazione. Più che di un'autonomia vera e propria, tale orientamento preferisce parlare di autonomia solo tendenziale; questa non darebbe vita ad un soggetto di diritto, bensì ad un insieme di beni legati da un vincolo finalistico. Sulla stessa linea, discostandosi solamente da un punto di vista puramente terminologico, si pongono le teorie che parlano di patrimonio separato o di "patrimonio separato piuttosto articolato" oppure ancora di patrimonio dotato di una pur limitata autonomia.

Altre prospettazioni, poi, la avvicinano alla situazione rintracciabile nella coeredità, mentre altre fanno riferimento alle società personali, sottolineando l'assoggettamento del patrimonio comune, dotato di tendenziale autonomia, ad uno scopo.

La critica nota, tuttavia, come, a differenza della società, lo scioglimento della comunione possa avvenire esclusivamente per le cause tassativamente previste dalla legge; inoltre deve necessariamente verificarsi nell'ipotesi di morte di uno dei coniugi, non potendo avvenire che tale comunione prosegua anche con l'erede del defunto, ossia

con un soggetto diverso dal coniuge, ciò che può tranquillamente verificarsi con le società. Inoltre lo scopo di lucro che caratterizza il contratto di società, in base a quanto è possibile desumere dall'articolo 2247 cod. civ., il quale prevede che due o più persone conferiscano beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili, è certamente estraneo all'impostazione della comunione legale.

La critica rileva, inoltre, che l'idea della comunione legale come patrimonio destinato ad uno scopo sia più in sintonia con la vecchia concezione dell'istituto, in base alla quale i creditori particolari non potevano aggredire i beni comuni, e attualmente col fondo patrimoniale, a proposito del quale la destinazione dei beni risulta espressamente dalle relative disposizioni: tra queste l'articolo 167 cod. civ., che al primo comma prevede che ciascuno o ambedue i coniugi o anche un terzo possano costituire un fondo patrimoniale destinando determinati beni, immobili o mobili iscritti in pubblici registri o titoli di credito, a far fronte ai bisogni della famiglia; oppure ancora la disposizione successiva che stabilisce che i frutti dei beni costituenti il fondo patrimoniale siano impiegati per i bisogni della famiglia; infine l'articolo 171 cod. civ., dal quale si evince che la destinazione dei beni al fondo termina a seguito dell'annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio. Ancora è opportuno menzionare l'articolo 170 cod. civ. nel quale si legge l'indifferenza del fondo patrimoniale per "i debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per bisogni estranei alla famiglia".

L'attuale impostazione della comunione legale, invece, si pone in contrasto con il concetto di patrimonio destinato, dato che le caratteristiche dell'autonomia patrimoniale risultano affievoliti dalla preferenza accordata dall'articolo 189, secondo comma, ai creditori della comunione rispetto ai creditori personali sprovvisti di una causa legittima di prelazione, i quali pur tuttavia possono agire sui beni comuni, sia pure "nella misura della metà del credito" (art. 190 cod. civ.).

Non meno importante la constatazione, se si vanno ad osservare gli obblighi gravanti sui beni della comunione, che tali beni rispondono, oltre che dei pesi e degli oneri gravanti su di essi al momento dell'acquisto, di tutti i carichi dell'amministrazione e, in generale, delle obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia, anche di ogni obbligazione contratta congiuntamente dai coniugi per scopi estranei all'interesse della famiglia ex articolo 186 cod. civ. . Risulta, dunque, difficile individuare la natura dello scopo che dovrebbe caratterizzare la comunione legale secondo tale teoria.

A ulteriore riprova di ciò sta il fatto che i beni della comunione rispondono sempre in via sussidiaria e fino al valore corrispondente alla quota del coniuge obbligato, anche dei debiti personali ex articolo 189 cod. civ. .

Altra tesi, diffusasi già sotto la vigenza del codice civile del 1865, configura la comunione legale come una situazione di comproprietà solidale di stampo germanico "a mani riunite". Tuttavia una tale impostazione al giorno d'oggi risulta difficoltosa. La gestione della comunione, infatti, non è più affidata a un solo soggetto, ossia il marito; né può dirsi che il patrimonio formi una massa unica, avente una propria responsabilità distinta da quella dei coniugi; neanche si può negare che i creditori

possano provocare lo scioglimento della comunione a seguito della pronuncia di fallimento di uno dei coniugi.

Un'ultima tesi sulla natura della comunione legale tra i coniugi che merita di essere menzionata è quella per cui tale istituto rientri nell'ambito della contitolarità dei diritti, assimilabile ma non coincidente con la comunione ordinaria e, proprio in virtù di questo, definita speciale.

### *3.2. Il dibattito sugli acquisti a titolo originario. Introduzione.*

Parlando dell'oggetto della comunione legale occorre far riferimento a tre masse distinte: la così detta comunione immediata formata dai beni (rectius diritti su tali beni) menzionati nell'articolo 177, primo comma, lett. a) e d) incluso il capoverso dello stesso articolo; la così detta comunione de residuo, alla quale fanno riferimento l'articolo 177, primo comma, lett. b) e c), nonché l'articolo 178 cod. civ.; i beni personali di ciascun coniuge elencati dall'articolo 179 cod. civ. .

Una questione che ha impegnato a lungo la dottrina riguarda il significato dell'espressione acquisti, contenuta nella lett. a) del primo comma dell'articolo 177 cod. civ. . Più che di acquisti, infatti, sarebbe corretto parlare di "diritti acquistati".

Partendo da tale premessa ci si è chiesti quali conseguenze producano sull'articolo 177 cod. civ. i differenti modi di acquisto dei diritti previsti dal nostro ordinamento, ossia quelli a titolo originario e quelli a titolo derivativo, e, in aggiunta, quali tipologie di diritti possono cadere in comunione legale fra i coniugi, con la contrapposizione fra diritti reali e diritti di credito e, all'interno della prima tipologia, quella fra diritto di proprietà e iura in re aliena.

La dottrina e la giurisprudenza si sono soffermate sulla compatibilità degli acquisti a titolo originario col disposto dell'articolo 177, lett. a). cod. civ. . Sicuramente la generica espressione "acquisti", non accompagnata da alcuna specificazione, lascia spazio tanto agli acquisti a titolo originario quanto a quelli a titolo derivativo.

Ad una così ampia interpretazione della norma si è opposta l'abrogazione dell'ultimo inciso contenuto nell'articolo 217 cod. civ., nel testo anteriore alla riforma del 1975, il quale affermava che oggetto della comunione, che allora era convenzionale, erano "gli acquisti fatti durante la comunione dall'uno e dall'altro coniuge a qualunque titolo"; da tale abrogazione, secondo la tesi contraria, si dovrebbe dunque dedurre che il legislatore abbia voluto limitare l'operatività dell'istituto ai soli acquisti a titolo derivativo. Tuttavia non sembra potersi seriamente dedurre ciò, non essendoci, peraltro, alcun altro elemento che ponga in risalto una simile intenzione da parte del legislatore; la semplice eliminazione dell'inciso non può comportare un restringimento dell'ambito relativo agli acquisti.

Altri hanno voluto restringere il campo facendo leva sulla lett. b) dell'articolo 179 cod. civ., in base alla quale sono beni personali di ciascun coniuge quelli "acquisiti successivamente al matrimonio per effetto di donazione o successione, quando nell'atto di liberalità o nel testamento non è specificato che essi sono attribuiti alla

comunione”; da questa disposizione alcuni autori hanno voluto ricavare un principio di ordine generale, per cui sono beni personali tutti quelli non acquistati a titolo oneroso. Tuttavia la distinzione titolo oneroso e titolo gratuito ha senso esclusivamente nell’ambito negoziale, nel quale la contrapposizione tra il titolo originario e quello derivativo investe il momento stesso della costituzione e anche della modificazione del rapporto giuridico. A ciò si aggiunga che in numerosi casi di acquisto a titolo originario, l’effetto acquisitivo si produrrebbe comunque in presenza di un titolo oneroso, anche se inefficace; a tal proposito si può considerare l’articolo 1153 cod. civ., che prevede l’acquisto della proprietà del bene mobile mediante possesso, pur essendogli stato alienato da chi non ne è proprietario, purchè sia in buona fede e sussista un titolo idoneo al trasferimento della proprietà; e anche l’articolo 1159 cod. civ., in base al quale “Colui che acquista in buona fede da chi non è proprietario un immobile, in forza di un titolo che sia idoneo a trasferire la proprietà e che sia stato debitamente trascritto, ne compie l’usucapione in suo favore col decorso di dieci anni dalla data della trascrizione.”.

Un’altra obiezione induce a soffermarsi sul significato del verbo “compiere” usato dall’articolo 177 cod. civ. al fine di indicare l’attività che dà vita all’acquisto per essa rilevante. Un acquisto a titolo originario non può definirsi compiuto dal coniuge proprietario del suolo, come invece preteso dall’articolo 177 cod. civ.; l’espressione utilizzata dalla norma, infatti, comporta il pregresso esperimento di un’attività negoziale da parte del coniuge e, dunque, un acquisto a titolo derivativo e non anche il mero giovare di alcuni effetti acquisitivi collegati dalla legge al verificarsi di alcuni fatti, ancorché questi siano stati promossi o favoriti dal coniuge che se ne è avvantaggiato.

### *3.2.1. Dibattito sugli acquisti a titolo originario: l’accessione.*

All’interno dell’ampia tematica relativa all’oggetto della comunione legale, il punto che maggiormente ha suscitato l’attenzione degli interpreti è la possibilità o meno di farvi rientrare gli acquisti per accessione.

La questione riguarda l’ipotesi in cui i coniugi costruiscano un immobile sul terreno di proprietà esclusiva di uno dei due. In particolare si discuteva se tale immobile, in ossequio al principio dell’accessione, appartenesse al dominus soli, col conseguente sorgere del diritto di credito in capo all’altro coniuge, ovvero se esso fosse di proprietà comune ai due coniugi, in virtù del disposto dell’articolo 177, primo comma, lett. a). Il problema si poneva ovviamente nel caso in cui la costruzione fosse ultimata prima dello scioglimento della comunione, dal momento che, successivamente a tale evento, non vi sono dubbi sul fatto che l’immobile apparterrà esclusivamente al proprietario del suolo in virtù dell’operare dell’accessione.

Gli interpreti hanno dovuto operare un bilanciamento fra i diversi interessi in gioco, decidendo se privilegiare l’interesse del singolo proprietario del terreno, sul quale

insiste l'immobile, a discapito della comunione ovvero se dare prevalenza a quest'ultima, facendovi ricadere l'acquisto.

Le iniziali pronunce delle Corti di merito sul punto sono risultate oscillanti fra la tesi positiva e quella negativa.

Così alcune decisioni sostenevano che la costruzione edificata in regime di comunione legale sul terreno di proprietà esclusiva di uno dei coniugi appartenesse alla comunione, sulla base di un'ampia interpretazione della lettera dell'articolo 177 primo comma lett. a), il quale parla di "acquisti compiuti dai due coniugi insieme o separatamente durante il matrimonio", potendovi rientrare, dunque, data la genericità dell'espressione usata dal legislatore, anche gli acquisti a titolo originario, quale l'accessione (T. Roma, 25-09-1985).

Il comportamento cosciente e volontario del coniuge, il quale consenta l'edificazione dell'immobile sul suo terreno con l'utilizzo di materiale di proprietà comune dei due coniugi, era ritenuto sufficiente a far cadere il bene nella comunione legale. Si presumeva insomma che, ricorrendo tali presupposti, vi fosse la volontà di destinare l'immobile all'incremento del patrimonio comune (T. Massa-Carrara, 03-03-1994).

Si riteneva, al pari di quanto osservato relativamente alla comunione ordinaria in base all'orientamento discusso, che la disciplina della comunione legale fosse speciale rispetto a quella dell'accessione e che, quindi, derogasse a quest'ultima; elemento caratterizzante di tale specialità sarebbe il rapporto di coniugio (T. Rieti, 27-03-1986).

Altre pronunce, invece, si sono orientate verso l'esclusione di tale acquisto a titolo originario dalla comunione legale (T. Napoli, 09-03-1994).

Tale specialità trovava fondamento nella tendenziale inderogabilità delle disposizioni in tema di comunione legale. Addirittura v'è chi sostiene che si tratti di una specialità reciproca, essendo la categoria dei coniugi un sottoinsieme della categoria degli acquirenti e, per contro, la categoria degli acquisti per accessione un sottoinsieme degli acquisti in generale.

La giurisprudenza di legittimità, invece, sembra oramai essersi orientata nel senso dell'operatività del principio dell'accessione con la conseguenza che il bene non ricadrà in comunione ma apparterrà esclusivamente al coniuge proprietario del terreno su cui tale immobile insiste.

Di fatti l'accoglimento della seconda impostazione, in base alla quale vi sarebbe una proprietà individuale del coniuge proprietario del suolo e una comunione sulla costruzione, comporta la costituzione di un diritto di superficie di incerta ricostruzione e definizione giuridica. Secondo la Corte non vi è posto per un tale diritto nel sistema dei diritti reali immobiliari né è previsto dall'articolo 177 cod. civ., pur dandone un'interpretazione estensiva. Tale soluzione, peraltro, sarebbe inconciliabile col principio per cui un medesimo soggetto non può essere contemporaneamente proprietario del suolo e superficiario. Tuttavia si è evidenziato come nella comunione ordinaria vi siano altri casi in cui un soggetto è allo stesso tempo comproprietario del bene e titolare di un diritto reale sullo stesso (GENTILI, *Acquisti per accessione e comunione legale dei beni fra coniugi*, in *Giur. it.*, 1984, I, 2, 883).

Non si può mettere in dubbio, infatti, che in base all'articolo 934 cod. civ., per il quale qualunque costruzione esistente sopra o sotto il suolo appartiene al proprietario di

questo, salvo che risulti diversamente dal titolo o dalla legge, tale costruzione venga acquisita automaticamente dal proprietario del suolo man mano che viene ad esistenza, senza che sia necessaria una specifica manifestazione di volontà; tutto ciò che si incorpora nel fondo, tanto organicamente, come nel caso delle piantagioni, quanto materialmente, come nel caso delle costruzioni, anche se res aliena diviene parte del fondo stesso.

Le norme che disciplinano la comunione legale e, in particolare, l'articolo 177, primo comma lett. a), cod. civ. non derogano alla disciplina dell'accessione, come invece avviene nell'ipotesi dell'accessione invertita disciplinata dall'articolo 938 cod. civ. .

La Corte nella sentenza non ritiene necessario soffermarsi sul significato da attribuire al termine "compiuti" riferito agli acquisti, al fine di scoprire se la lettera della disposizione sia compatibile con l'automatismo che caratterizza il modo di acquisto della proprietà per accessione, il quale opera automaticamente per effetto della congiunzione materiale dell'opera al suolo, posto che tale norma, pur se interpretata in maniera estensiva, non potrebbe comportare la creazione di un diritto di superficie nuovo nel sistema, poiché la costituzione di un tale diritto, in base agli articoli 952 e ss. cod. civ., avviene sempre sulla base di un atto dispositivo.

A ciò si è replicato che esistono disposizioni all'interno del nostro ordinamento che consentono la costituzione del diritto di superficie pur in assenza di un atto negoziale; per esempio l'articolo 2816 cod. civ., il quale, prevedendo che l'ipoteca sulla superficie di quel suolo permanga anche quando i due oggetti siano stati riuniti in una sola proprietà, consente la ricostituzione della superficie per espropriazione. (BARBERO, *Il sistema del diritto privato* a cura di LISERRE e FLORIDA, Torino, 1988, 688).

La locuzione verbale utilizzata dal legislatore implica, secondo la Corte, un'attività negoziale da parte del coniuge, implicando il termine "compiuti" una partecipazione soggettiva dell'agente; non potrebbero, dunque, rientrare nell'articolo 177 lett. a), gli acquisti collegati al mero verificarsi di un fatto giuridico, quale l'incorporazione al suolo nell'accessione.

Inoltre non bisogna sottovalutare come, in base al richiamato articolo 934 cod. civ., solo il titolo o una disposizione di legge espressa e specifica possono escludere l'operatività dell'accessione, attribuendo in tutto o in parte la proprietà della costruzione realizzata sul suolo a un terzo distinto dal proprietario del suolo. Per contro l'articolo 177 cod. civ. rappresenta una norma di carattere generale, sprovvista di un contenuto precettivo contrastante con il principio dell'accessione.

La Cassazione sottolinea come non vi fosse neppure nel vigore della legislazione antecedente alla riforma del diritto di famiglia una deroga al principio di accessione che attribuisse un diritto reale a favore del coniuge proprietario del suolo che avesse fornito in tutto o in parte il denaro necessario per l'esecuzione dell'opera. Né un'eccezione vera e propria fu mai individuata dalla giurisprudenza contrastante, la quale semplicemente si limitò ad affermare l'inapplicabilità delle norme sull'accessione alla dote e al patrimonio familiare, sul presupposto che tali istituti non potevano avere ad oggetto beni futuri. Quanto detto non può portare ad affermare che

si sia individuata un'eccezione ai principi generali in materia di regime proprietario dei beni. E neppure è riscontrabile una deroga nell'attuale assetto del diritto di famiglia.

Se si prendesse per buona la tesi opposta, il coniuge proprietario del suolo perderebbe, contro la sua volontà o senza una manifestazione in tal senso, una quota della sua proprietà; l'altro coniuge, invece, che non sarebbe in posizione paritaria rispetto all'altro, acquisirebbe un parziale e non meglio definito diritto di superficie. Ciò sarebbe anche in contrasto col disposto dell'articolo 1350 cod. civ., il quale prevede che la costituzione di diritti reali riguardanti beni immobili non possa avvenire per fatti concludenti ma esclusivamente tramite un atto rivestito della forma scritta ad substantiam, che esprima in maniera inequivoca tale intenzione.

Si tratta allora, innanzitutto, di individuare il modo in cui il proprietario possa rendere la costruzione personale, mancando in questa ipotesi un atto negoziale, in virtù del quale possa trovare applicazione l'articolo 179 cod. civ. relativo ai beni dei coniugi che rimangono personali e non cadono in comunione.

Per alcuni sarebbe sufficiente una sentenza che accerti l'avvenuta accessione di un bene personale, sempre che sussistano i presupposti di legge; occorrerà, dunque, che la costruzione sia stata realizzata con l'impiego di denaro proveniente esclusivamente dal coniuge proprietario del suolo e che vi sia la dichiarazione con cui si esclude quel bene dalla comunione; oppure basterà che si dimostri che si tratta di edificio realizzato per uso strettamente personale o per l'esercizio della professione ex articolo 179 lett. c) e d) cod. civ. . Rimane incerto tuttavia se l'acquisto si realizzi immediatamente oppure occorra attendere la sentenza.

Altri ancora ritengono che sia suscettibile di trascrizione l'atto, rivestito in questa ipotesi delle necessarie forme dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata o accertata giudizialmente, col quale il coniuge proprietario del suolo esclude il bene dalla comunione, alla presenza dell'altro coniuge e prima dell'acquisto. La partecipazione dell'altro coniuge senza contestazioni equivarrebbe a rinuncia abdicativa del suo diritto sul bene, sulla base dell'articolo 2643 n. 5., cod. civ. Altri sostengono che la trascrizione debba avvenire in relazione al n. 2 dell'articolo 2643 cod. civ., in quanto atto diretto a far acquistare al dominus soli un atto che altrimenti diverrebbe comune.

In questo modo i giudici di legittimità superarono l'impostazione che riteneva addirittura "irrazionalmente riduttivo" limitare l'oggetto della comunione legale ai beni acquistati con atti negoziali-derivativi, escludendo, dunque, gli acquisti a titolo originario; presupposto della comunione legale è l'apporto di ciascun coniuge agli incrementi patrimoniali e un tale criterio deve valere anche per gli acquisti a titolo originario. La genericità dell'espressione "acquisti compiuti" farebbe riferimento agli acquisti comunque effettuati e realizzati, stando ad un'interpretazione letterale della norma. Per contro la volontà del legislatore di escludere gli acquisti in virtù di atti non negoziali o non a titolo derivativo sarebbe stata espressa chiaramente, come per i beni personali nell'art. 179 cod. civ. . L'accessione, dunque si colloca al di fuori degli acquisti di cui all'articolo 177cod. civ., dato che realizza una vicenda meramente ampliativa dell'oggetto del preesistente diritto di proprietà.

La tesi opposta, invece, ritiene che il termine acquisti vada inteso in un'accezione economica, quale ricomprendente qualsiasi incremento patrimoniale del quale il coniuge si avvantaggi durante il matrimonio. Questa interpretazione sarebbe una naturale conseguenza della ratio alla quale si ispira la comunione legale e del principio del favor comunionis. A ulteriore sostegno di ciò si è detto che il legislatore non avrebbe mai utilizzato il termine acquisto in un'accezione tecnica precisa: di fatti la lettera dell'articolo 177 cod. civ. consentirebbe di far rientrare nella comunione anche quelle entità patrimoniali che divengono distinti beni giuridici solo nel momento e per effetto del loro trasferimento in favore della comunione. Col termine acquisto possono comprendersi non solo le vicende effettuali che segnano l'ingresso di un diritto nuovo nella sfera giuridica del soggetto, ma anche quelle che importano una modificazione oggettiva del diritto reale per incremento del bene che ne forma oggetto. Tale tesi comunque precisa come non si debba arrivare a conclusioni onnicomprensive: non incidono sicuramente sulla comunione legale gli accrescimenti o le modificazioni di un bene di proprietà personale dei coniugi, tanto che avvengano in base a caratteristiche naturali del bene stesso quanto per incrementi di valore scaturenti dal mutare delle condizioni ambientali o di mercato; si pensi all'incremento di valore di un suolo a seguito dalle possibilità di edificarvi.

Si avverte l'esigenza di questa dottrina di voler comunque tutelare la proprietà personale del coniuge, posto che non vi siano dubbi sul fatto che la legge 151/1975 abbia voluto prevedere una comunione parziale e non universale.

“Questa scelta comporta che tutti gli eventi derivanti da vicende intimamente compenstrate allo svolgersi del relativo diritto di proprietà rappresentano utilità già ricomprese virtualmente nella tutela assicurata, dal suddetto diritto, all'interesse del suo titolare: pertanto, non è neppure configurabile, a fronte dei predetti accrescimenti ed incrementi, il maturare in favore della comunione di un diritto di credito corrispondente al valore degli stessi a carico del coniuge che se ne avvantaggia.”(LUMINOSO, *Accessione e altre vicende delle cose nella comunione coniugale*, in *Riv. not.*, 1985, 760).

Non necessariamente, dunque, nell'ipotesi in cui un bene già appartenente al coniuge subisca una trasformazione dando vita ad un nuovo e distinto bene giuridico, tale bene cadrà in comunione: basti pensare alle opposte ipotesi dell'unione o della separazione di più beni o di un bene, a seconda dell'ipotesi considerata; da un punto di vista strettamente formale il coniuge acquista un nuovo bene ma lo stesso non può dirsi da un punto di vista sostanziale, dato che non si introducono nuove ricchezze nel patrimonio del coniuge ma solo un atto di destinazione economica avente ad oggetto la medesima ricchezza che già apparteneva al coniuge, sia pure sotto forme giuridiche diverse.

Secondo la tesi appena considerata, contraria all'operare dell'accessione, sono le norme sulla comunione legale che forniscono i criteri per l'individuazione delle caratteristiche che un bene deve avere per poter formare oggetto della comunione legale, in quanto idonee a garantire appieno gli interessi dei coniugi che l'ordinamento intende tutelare. Tale tesi si basa sull'asserita intenzione della novella del 1975 di favorire la partecipazione dei coniugi agli incrementi di ricchezza, ampliando il

connotato comunitario del matrimonio all'aspetto patrimoniale, in ossequio al principio di solidarietà alla base della convivenza coniugale.

Sulla base di quanto appena sostenuto, la dottrina afferma, dunque, che rientreranno nella comunione gli incrementi o le modificazioni immobiliari operate su un altro bene immobile qualora possano essere considerate come unità strutturalmente identificate e funzionalmente autonome. Per risolvere i dubbi interpretativi occorrerebbe considerare e valutare caso per caso le condizioni economiche e sociali dei coniugi, le loro abitudini di vita, la loro attività di lavoro, lo stato d'uso, l'ubicazione e la destinazione dell'immobile preesistente e così via.

L'operare dell'accessione, secondo tale dottrina, sarebbe in contrasto con un altro importante principio in materia di comunione legale, ossia l'impossibilità per il coniuge di sfruttare le risorse rientranti nella comunione de residuo per arricchire il proprio patrimonio personale. In base a quanto si ricava dall'articolo 177 lett. b) e dall'articolo 178 cod. civ., per tali somme, ad utilizzazione avvenuta, è prevista un'alternativa: o devono essere utilizzate senza residui per contribuire ai bisogni della famiglia oppure devono essere scambiate con beni che cadranno in comunione. Nell'ipotesi considerata cadrebbe in comunione esclusivamente la proprietà superficiaria della costruzione mentre la proprietà del suolo rimarrebbe nella titolarità esclusiva del singolo coniuge. Questo farebbe sorgere in capo al dominus soli un diritto di credito volto ad ottenere un indennizzo commisurato al valore diritto di superficie e immediatamente esigibile, posto che il credito costituisce un surrogato economico dell'entità patrimoniale che era destinata alla comunione. In questo modo il coniuge proprietario del suolo verrebbe tutelato dall'impoverimento, corrispondente alla perdita della proprietà esclusiva sullo stesso, al quale sarebbe soggetto e privo di qualsiasi fondamento logico-giuridico.

Tale tesi, inoltre, critica l'idea che l'accessione integri un semplice fatto modificativo del diritto precedente; l'attuale codice del 1942 di fatti si è discostato largamente dalla nozione di accessione contenuta nell'articolo 443 del codice del 1865, includendo tale istituto fra i modi di acquisto della proprietà. Secondo tale orientamento sicuramente l'aggiunta di elementi puramente accessori integra un mero fatto modificativo; ma lo stesso non potrebbe dirsi nell'ipotesi dell'aggiunta di beni che abbiano una propria autonoma consistenza e autonomia, tanto da giungere ad invertire il rapporto col bene acceduto, facendolo degradare ad elemento meramente accessorio. Il presupposto di questo orientamento è, dunque, la nascita in tale ipotesi di un nuovo bene, giuridicamente autonomo rispetto al suolo, che giustificerebbe una distinta vicenda acquisitiva. Si nota, inoltre, che la partecipazione soggettiva rinvenuta nel termine "compiuti", sia insita anche nell'espressione "acquisti", sì che colorerebbe qualsivoglia altra qualificazione – fatti, operati, eseguiti e via dicendo – che ad esso si giustapponesse. Troppo poco a detta di questa dottrina per essere ritenuto decisivo nel dirimere la questione.

Le norme sull'accessione, secondo tale tesi, hanno un ambito applicativo differente rispetto a quelle previste per la comunione legale. Le prime intendono regolare il rapporto fra il proprietario del suolo e il terzo, autore dell'opera e/o proprietario dei materiali. Risultano estranee al regime della comunione legale l'esigenza di evitare che

concorrano diritti distinti su beni intimamente connessi, potendo ciò rappresentare un ostacolo al loro razionale sfruttamento; oppure ancora l'esigenza di garantire al proprietario il profitto netto dell'operazione. Tutto ciò sembrerebbe estraneo alle finalità della comunione legale, tramite la quale i coniugi hanno inteso formare e amministrare un patrimonio comune, nel quale far confluire gli investimenti.

Le ragioni di giustizia sostanziale sottese a una tale impostazione non convincono, tuttavia, la Corte di Cassazione, dal momento che tali ragioni servono al massimo per scegliere fra due interpretazioni quella più equa e non per modificarne la portata precettiva. Inoltre il contributo del coniuge non proprietario alla realizzazione della costruzione trova corrispettivo nel suo diritto di credito verso il coniuge proprietario.

Peraltro tale impostazione favorevole all'operare dell'accessione meglio si concilia con le disposizioni in tema di pubblicità immobiliare, dal momento che consente un'immediata identificazione del soggetto proprietario della costruzione. Viceversa la caduta del bene in comunione fra i coniugi porrebbe il problema del conflitto fra il coniuge, al quale spetterebbe la proprietà superficiaria, e i terzi che abbiano iscritto ipoteca sul suolo e intendano estendere l'ipoteca alle accessioni in base a quanto concesso dall'articolo 2811 cod. civ. , il quale prevede che "l'ipoteca si estende ai miglioramenti, nonché alle costruzioni e alle altre accessioni dell'immobile ipotecato."; il titolare della superficie, infatti, può opporre il suo diritto al creditore ipotecario solo se abbia trascritto il proprio acquisto in data anteriore all'iscrizione dell'ipoteca (art. 2812, 3° comma, c.c.).

Sul punto alcuni ritengono che il coniuge possa agire giudizialmente per l'accertamento del proprio diritto e poi trascrivere la sentenza (Auletta).

Secondo altri all'art. 2644 si desumerebbe il principio per il quale l'acquisto di un diritto è opponibile ai terzi in quanto sia da questi conoscibile: i terzi, secondo tale opinione, avrebbero l'onere di estendere le proprie verifiche non solo ai registri dello stato civile e a quelli delle conservatorie immobiliari, ma anche a quelli comunali, al fine di accertare la data di inizio e di fine dei lavori.

La soluzione prospettata, tuttavia, ingenera dubbi nel momento in cui si fa riferimento ad opera iniziate prima del matrimonio e ultimate dopo. Infatti, se si ritiene che l'acquisto per accessione avviene man mano che si incorporano i materiali nel suolo, si deve concludere che costituisce bene personale ciò che è stato costruito prima del matrimonio: quanto ai lavori successivi, l'esclusione dalla comunione si fonderebbe sul fatto che le parti aggiunte si compenetrano in quanto è già stato acquistato in via esclusiva dal proprietario del suolo. Questa soluzione si giustificerebbe in quanto, se il coniuge dopo il matrimonio rimane titolare dei crediti sorti in suo favore prima di quella data, deve ritenersi che non cadano in comunione le prestazioni da lui ricevute in attuazione di quei crediti. E tuttavia questa tesi determina notevoli incertezze, fuori del caso che il proprietario del suolo stipuli, prima del matrimonio, un contratto d'appalto o tutti i contratti d'opera necessari alla realizzazione dell'edificio. Laddove i contratti d'opera vengano conclusi via via nel tempo, secondo le disponibilità economiche della famiglia, la ricostruzione suggerita perde il suo fondamento normativo e torna ad «apparire strano che sia personale lo stabile costruito in costanza di matrimonio perché, ad esempio, ne erano state gettate le fondamenta prima delle

nozze. Tutto ciò, oltre che risultare strano, si pone in contrasto con l'esigenza di fondo alla quale risponde la tesi di cui si discute: quella di assicurare alla comunione gli incrementi patrimoniali derivanti dagli investimenti di denaro comune o dai proventi dell'attività lavorativa. In questi casi, si è detto, si impone una accurata valutazione del caso concreto. Vero è, però, che il terzo – sia egli un creditore o un soggetto interessato all'acquisto del bene – non ha strumenti per verificare se e quando sono intervenuti il contratto di appalto o i diversi contratti d'opera.

Considerazioni analoghe a quelle fatte dalla giurisprudenza prevalente favorevole all'operare dell'accessione, poi, devono essere fatte per le ipotesi di sopraelevazione di un edificio in proprietà esclusiva di un dei coniugi, tramite la quale viene aggiunto un piano o comunque viene aumentata la volumetria dell'edificio. La Corte di Cassazione, infatti, non ritiene che la parte dell'edificio sopraelevata debba cadere in comunione legale fra i coniugi ma solo che spetti al coniuge non proprietario solamente un diritto di credito pari alla metà della spesa occorsa per la sopraelevazione; da quanto detto si ricava, inoltre, che non sia necessaria l'integrazione del contraddittorio nei confronti di quest'ultimo nell'eventuale giudizio in cui si contesti la legittimità della sopraelevazione (Cass. civ., sez. II, 26-10-1994, n. 8776).

Si è precisato, inoltre, che “quando la costruzione sia stata eseguita sul suolo di proprietà esclusiva di un coniuge con impiego di denaro comune, il coniuge che si è giovato dell'accessione sarà tenuto a restituire alla comunione le somme prelevate dal patrimonio comune per eseguire l'edificazione, mentre, nel caso in cui nella costruzione sia stato impiegato denaro appartenente in via esclusiva all'altro coniuge, a quest'ultimo spetterà il diritto di ripetere le relative somme.” La restituzione delle somme si basa sul disposto dell'articolo 192, primo comma, il quale afferma che “ciascuno dei coniugi è tenuto a rimborsare alla comunione le somme prelevate dal patrimonio comune per fini diversi dall'adempimento delle obbligazioni previste dall'articolo 186 cod. civ.; viceversa la ripetizione delle somme spettante al coniuge che abbia impiegato per la costruzione esclusivamente denaro di sua appartenenza si fonda sull'articolo 2033 cod. civ. relativo all'indebito oggettivo, il quale statuisce che chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto a ripetere ciò che pagato (Corte di Cassazione; sezione I civile; sentenza, 14-03-1992, n. 3141).

Quanto appena detto permette di comprendere come tale impostazione non violi i principi posti alla base della riforma del diritto di famiglia, dato che non esclude totalmente la tutela dell'altro coniuge in ordine al recupero delle somme sborsate per la costruzione, bensì comporta solo la previsione di una tutela differenziata, ossia, a seconda dei casi, quella dell'articolo 192, primo comma, cod. civ. o quella dell'articolo 2033 cod. civ. .

Dunque neppure si viene a creare una ingiusta disparità di trattamento fra i coniugi, rispetto all'ipotesi in cui entrambi risultassero proprietari. Si tratta, osserva la Corte di ipotesi completamente differenti e quelle che rientrano nella previsione dell'articolo 192, primo comma, non possono certo definirsi inique per il solo fatto che in relazione ad esse la legge preveda soltanto l'obbligo per l'altro coniuge di rimborsare alla comunione le somme prelevate dal patrimonio comune.

Ugualmente si può dire in tutte quelle ipotesi in cui è possibile per il coniuge esperire solo la *condictio indebiti* per ottenere la restituzione di quanto è stato versato.

Altri autori, invece, hanno rinvenuto la disparità trattamento, operando l'accessione, tra gli investimenti avente ad oggetto l'acquisto di un edificio già realizzato, sia che tale acquisto riguardi l'immobile nella sua totalità o la semplice proprietà superficiaria, e quello che si verifica costruendo sul terreno personale.

A questa ipotesi si può aggiungere quella in cui il proprietario del suolo si accordi con l'appaltatore al fine di trasferire a quest'ultimo la proprietà delle costruzioni che verranno realizzate sul proprio terreno; in questo caso l'applicazione dello schema negoziale di permuta di cosa presente con cosa futura comporta l'acquisto delle unità immobiliari in base all'articolo 177 lett. a) cod. civ. (OBERTO, *Acquisto a titolo originario e comunione legale*, in *Famiglia e diritto*, 1994, allegato al n. 1, p. 5 ss).

A porre un punto alle contrastanti decisioni dei giudici di merito intervenne, poi, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza 651/1996, nella quale viene sancita l'appartenenza in proprietà esclusiva al coniuge proprietario del suolo della costruzione realizzata su di esso. La tutela del coniuge non proprietario opera non sul piano del diritto reale, non potendo vantare alcuna comproprietà o diritto superficiario sulla costruzione, bensì sul piano obbligatorio, nel senso che a costui compete un diritto di credito relativo alla metà del valore dei materiali e della manodopera impiegati nella costruzione.

Si nega che possa esservi un doppio automatismo caratterizzato da una prima acquisizione del bene nel patrimonio personale del coniuge proprietario del suolo per effetto dell'accessione e poi un successivo ritrasferimento sempre automatico del bene nella comunione legale dei coniugi come acquisto da parte di entrambi. Di fatti il secondo acquisto non possiede un'adeguata base normativa, non potendo essere rinvenuta questa nella lettera dell'articolo 177 cod. civ.; altrimenti bisognerebbe ammettere che tutti gli acquisti compiuti dai coniugi cadano in comunione e verrebbe svuotata di significato la disposizione di cui all'articolo 179 cod. civ. .

Anche le successive pronunce della Corte condividono un tale orientamento. Viene evidenziato come l'articolo 177 cod. civ. faccia esclusivo riferimento agli acquisti a titolo derivativo, essendone espressamente prevista una genesi negoziale. Tale norma nulla prevede riguardo ad una possibile deroga all'articolo 934 cod. civ. ma si limita solamente a regolare gli acquisti compiuti dal coniuge in regime di comunione legale (Cass. civ., sez. I, 30-09-2010, n. 20508).

Peraltro si è sostenuto come l'acquisto per accessione sia comunque relativo ad un bene personale, che in quanto tale è escluso dall'ambito di applicazione dell'articolo 177, primo comma, lett. a).

La Corte ha inoltre sostenuto come l'articolo 934 cod. civ. non riguardi solamente la costruzione successivamente al matrimonio di un'unità autonoma e strutturalmente identificata, bensì ricomprenda anche altre ipotesi fortemente eterogenee che vanno dalla ristrutturazione di un edificio o di un appartamento, alla trasformazione delle colture di un fondo, al rimboschimento, ai lavori di miglioramento e abbellimento. Tutte queste ipotesi infatti da un lato sono espressamente richiamate dalla disciplina sull'accessione e dall'altra condividono tutte la medesima ratio sottesa all'istituto.

Dunque l'incremento del bene personale dei coniugi esclude qualsiasi ipotesi di comunione di diritti reali.

Si è affermato che “anche nelle ipotesi in cui i coniugi, ai sensi dell'art. 228 l. n. 151 del 1975, abbiano optato per il regime della comunione legale pure per i beni acquistati dopo il matrimonio ma prima dell'entrata in vigore della predetta legge è applicabile il principio secondo cui la costruzione realizzata, in costanza di matrimonio, su suolo di proprietà personale ed esclusiva di uno dei coniugi appartiene solo a costui in virtù delle disposizioni generali sull'accessione, e, quindi, non costituisce oggetto della comunione legale, ai sensi dell'art. 177, 1° comma, c.c.” (Cass. civ., sez. II, 03-04-2008, n. 8662).

Così recentemente la Corte di Cassazione nell'ordinanza 29/10/2018, n. 27412, ha ribadito la prevalenza dell'istituto dell'accessione rigettando il ricorso avente ad oggetto la dichiarazione di inefficacia o di nullità di un testamento, col quale il de cuius aveva lasciato in eredità in favore del nipote un terreno con sovrastante fabbricato, del quale egli riteneva essere proprietario esclusivo. La Corte ha respinto l'obiezione del ricorrente, il quale affermava che il bene in realtà appartenesse ad entrambi i genitori nella misura del cinquanta per cento ciascuno, poiché fra essi vigeva il regime di comunione legale al tempo in cui l'immobile fu edificato sul terreno del padre. Non vi sono dubbi, stante la giurisprudenza prevalente che, al contrario, la costruzione appartenga in via esclusiva al coniuge proprietario del suolo e che per questo egli conservava al tempo del testamento pieni poteri dispositivi riguardo tale bene.

Nonostante l'unanime giurisprudenza sul punto, è opportuno tenere presente come parte della dottrina non sia ancora del tutto favorevole all'operare del principio dell'accessione in tali ipotesi. Si continua a sostenere, infatti, come nel momento in cui vi sia un bene funzionalmente autonomo e strutturalmente identificato, si realizzi l'acquisto di un nuovo bene ricadente nella comunione legale dei coniugi, in base all'articolo 177 cod. civ.; in tal guisa si discorre anche riguardo alla sopraelevazione. Secondo tale dottrina sarebbe inesistente l'ostacolo prospettato in giurisprudenza e riguardante il fatto che l'opera, se appartenente alla comunione legale, sarebbe una proprietà superficiaria che non potrebbe essere acquistata a titolo originario ex articolo 952 cod. civ.; a tale proposito viene richiesta una migliore e più corretta interpretazione dell'articolo 1158 cod. civ. relativo all'usucapione dei beni immobili e dei diritti immobiliari.

Parimenti insussistente sarebbe l'ostacolo rappresentato dalla mancanza di un'espressa deroga nell'articolo 177 cod. civ. rispetto all'articolo 934 cod. civ., proprio in virtù del fatto che le due disposizioni opererebbero su piani distinti: la prima concerne la distribuzione delle ricchezze all'interno del rapporto coniugale, mentre la seconda riguarda un modo di acquisto della proprietà nell'ottica della certezza dei traffici giuridici.

Tale dottrina prevede anche la possibilità che l'apporto di valore dell'opera realizzata che andrebbe ad arricchire la comunione legale sia compensato anche dalla perdita di valore che potrebbe aver subito il terreno su cui è edificata l'opera.

Il presupposto della caduta in comunione del bene sarebbe l'acquisto in proprietà della costruzione realizzata sul suolo di proprietà esclusiva di uno dei coniugi, dato che

rientrerebbero nella comunione legale gli acquisti compiuti tanto congiuntamente quanto separatamente. Secondo tale impostazione la costruzione potrà rientrare nella comunione de residuo se è stata realizzata nell'ambito dell'attività professionale del coniuge, mentre apparterrà esclusivamente al coniuge che l'ha realizzata sul proprio terreno quando abbia impiegato denaro e materiali proprio per l'edificazione, purchè tale impiego e soprattutto la provenienza del denaro e dei materiali risulti con certezza.

### 3.3. *Riflessioni conclusive.*

A ben vedere la propensione dei giudici legittimità per la prevalenza del principio dell'accessione non tiene conto di alcuni interessi che emergono dall'analisi della questione e che necessitano di essere valorizzati.

Tutelando esclusivamente il diritto di proprietà del coniuge proprietario del suolo, la giurisprudenza trascura di salvaguardare la posizione del coniuge economicamente più debole nell'ambito di un rapporto che dovrebbe essere improntato sui principi di solidarietà e collaborazione nell'attuazione di una comunione di vita. In sostanza vengono pretermessi i diritti fondamentali dell'individuo per dare preminenza alla logica proprietaria. Il regime di comunione legale comporta la scelta di un percorso condiviso e non individuale, nel rispetto dei principi di uguaglianza e di parità di trattamento. Non viene dato risalto alla tutela dell'individuo nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità ex articolo 2 della Costituzione, come invece le decisioni giurisprudenziali hanno fatto nei riguardi della convivenza more uxorio, quando queste rappresentano una forma di stabile convivenza tra due persone, riconoscendole giuridicamente.

Né sembra tenersi conto, come sostenuto dalla dottrina, della necessità di interpretare le norme non atomisticamente, bensì in relazione alla funzione che esse svolgono nell'ordinamento, dandone un'interpretazione teleologica, dove il fine è rappresentato dall'applicazione dei valori costituzionali.

I coniugi, peraltro, sono pur sempre liberi poter scegliere un regime patrimoniale differente da quello legale, tramite la stipula di una convenzione matrimoniale, in cui regolare diversamente i loro rapporti e i beni che debbano essere comuni. La scelta volontaria e consapevole del regime di comunione legale dovrebbe presupporre, invece, che i coniugi abbiano deciso di contribuire reciprocamente agli incrementi di ricchezza del patrimonio familiare; per questo non sarebbe così iniqua la caduta del bene immobile, pur realizzato sul fondo di proprietà esclusiva di uno dei coniugi, in comunione fra i due. In questa ipotesi, infatti, non si può non evidenziare l'esistenza del principio di parità fra i coniugi ex articolo 29 della Costituzione e le sue ricadute su tutti gli aspetti della vita familiare, anche quelli contributivi.

Per quanto riguarda l'ostacolo letterale rappresentato dall'espressione "acquisti compiuti" di cui all'articolo 177 primo comma lett. a), la quale sembrerebbe riferirsi ai soli acquisti a titolo derivativo, si può obiettare che vi sono varie pronunce giurisprudenziali, anche abbastanza recenti, in cui si ammette che gli acquisti a titolo originario rientrino in tale previsione. In particolare ciò è stato evidenziato nei

confronti dell'acquisto per usucapione. Nella sentenza della Corte di Cassazione 20296/2008 si legge che “Gli acquisti di beni immobili per usucapione effettuati da uno solo dei coniugi, durante il matrimonio, in vigenza del regime patrimoniale della comunione legale, entrano a far parte della comunione stessa, non distinguendo l'art. 177, 1° comma, lett. a), c.c. tra gli acquisti a titolo originario e quelli a titolo derivativo; ne consegue che il momento determinante l'acquisto del diritto ad usucapionem da parte dell'altro coniuge, attesa la natura meramente dichiarativa della domanda giudiziale, s'identifica con la maturazione del termine legale d'ininterrotto possesso richiesto dalla legge.”. La decisione qui afferma espressamente che l'articolo 177 cod. civ. con la sua generica espressione “acquisti compiuti” non pone limitazioni sul modo di acquisto.

E ancora si può richiamare la sentenza sempre della Corte di Cassazione 14347/2000, la quale sostiene sempre che “in regime di comunione legale, se uno dei coniugi, deducendo una situazione di compossesso con l'altro, propone in via autonoma domanda di usucapione di un bene immobile, il giudicato favorevole produce, in virtù del disposto dell'art. 177 c.c., direttamente effetti nella sfera giuridico-patrimoniale dell'altro coniuge rimasto estraneo al giudizio, facendo sì che egli acquisti la comproprietà di detto immobile; per converso, in caso di esito negativo di quella azione, il giudicato sfavorevole sarebbe opponibile al coniuge che non sia stato parte del relativo giudizio, se successivamente pretendesse di sentirsi dichiarare proprietario dello stesso bene, in base ad una situazione fattuale identica a quella fatta valere nel precedente giudizio dall'altro coniuge.”.

Infine é possibile porre in collegamento l'espressione “acquisti” contenuta nell'articolo 177 lett. a) cod. civ. con la comprensiva utilizzazione dello stesso termine nella fondamentale norma dell'articolo 922 cod. civ., relativo ai modi di acquisto della proprietà, accomunante ogni genere di acquisto, quale che sia la natura del relativo titolo.

## *Conclusioni.*

Avendo analizzato l'operare dell'accessione tanto nella comunione ordinaria, nell'ipotesi di costruzione edificato da uno dei comunisti sul terreno di proprietà comune, quanto nell'ambito della comunione legale, nell'ipotesi della costruzione realizzata in costanza di tale regime sul terreno appartenente a uno solo dei coniugi, è stato possibile vedere come siano profondamente diversi gli interessi in gioco nelle diverse situazioni.

Nella prima fattispecie la decisione dei giudici di legittimità risulta assolutamente legittima. Attribuendo la proprietà della costruzione realizzata sul suolo comune a tutti i comunisti, in mancanza di un diverso accordo rivestito della forma scritta a pena di nullità, viene applicata una norma di legge, ossia l'articolo 934 cod. civ., il quale prevede che "qualunque piantagione, costruzione od opera esistente sopra o sotto il suolo appartiene al proprietario di questo, salvo che risulti diversamente dal titolo o dalla legge". L'accoglimento della tesi per cui la costruzione apparterrebbe a tutti i comunisti solo se siano state rispettate le disposizioni di cui agli articoli 1100 e ss. cod. civ., mentre, nel caso contrario, essa apparterrebbe al singolo comunista che l'ha realizzata, non solo andrebbe contro la tutela della logica proprietaria ma finirebbe col prevedere un'ipotesi di acquisto della proprietà assolutamente non prevista da alcuna previsione normativa; ossia l'acquisto della proprietà a seguito del mancato rispetto delle regole sulla comunione dei beni. In sostanza un vero e proprio atto illegittimo comporterebbe l'acquisto di un diritto. Una soluzione evidentemente inaccettabile. Purtroppo, come si è avuto modo di vedere, ciò non rappresenta una novità, essendosi spinta altre volte la giurisprudenza nella direzione della creazione pretoria di nuovi modi di acquisto della proprietà, come nel caso dell'occupazione appropriativa o della rinuncia ai diritti reali. Questioni tutte risolte nel segno della necessaria predeterminazione normativa.

Tuttavia, come si è già evidenziato nel capitolo conclusivo di questa tesi, ritenere operante il principio dell'accessione anche nell'ipotesi di costruzione realizzata in regime di comunione, pur sul terreno di proprietà esclusiva di uno dei coniugi, con conseguente esclusione del bene dalla comunione legale, non convince fino in fondo. La tesi contraria non porta all'affermazione di un acquisto in capo al coniuge non proprietario non sorretto da alcuna disposizione normativa. L'articolo 177 primo comma lett. a), infatti, nonostante il parere contrario della giurisprudenza dominante, sembra proporre una espressione ampia e generica quando parla di "acquisti compiuti". Non sembra limitarsi ai soli acquisti derivanti da un atto dispositivo, come è confermato peraltro, dalla circostanza che diverse pronunce hanno ammesso gli acquisti a titolo originario, come è avvenuto per l'usucapione.

Non bisogna trascurare, poi, che gli interessi sottesi alla comunione legale sono ben diversi da quelli sottesi alla comunione ordinaria: in quest'ultima occorre tutelare la logica proprietaria, mentre nella prima è necessario considerare lo spirito che ha animato la riforma del 1975. Non può passare in secondo piano il fatto che, attraverso la scelta di regolare gli aspetti patrimoniali del loro rapporto per mezzo del regime di comunione legale, si presume che i coniugi intendano condividere gli incrementi di

ricchezza e, quindi, escludendo i beni previsti dall'articolo 179 che rimangono in proprietà esclusiva dei coniugi, sarebbe più consona alla ratio dell'istituto un'interpretazione quanto più possibile estensiva dell'articolo 177 cod. civ. . Non si capisce a questo punto perché sarebbe più giusto che il coniuge dominus soli tenga per sé l'immobile che accede al proprio suolo piuttosto che metterlo a disposizione della comunione. I coniugi, altrimenti, rimangono pur sempre liberi di optare per il regime della separazione dei beni. La scelta del regime della comunione legale, dunque, non è obbligata ma volontaria e consapevole. Facendo ricadere l'immobile nella comunione, inoltre, si realizzerebbe maggiormente la tutela del coniuge più debole all'interno del rapporto.

## *Bibliografia*

### *Legislazione*

- All. E della legge 2248/1865
- Legge 359/1992, Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica
- Legge 27 ottobre 1988, n. 458, “Concorso dello Stato nella spesa degli enti locali in relazione ai pregressi maggiori oneri delle indennità di esproprio.”
- Legge 19 maggio 1975, n. 151, Riforma del diritto di famiglia
- Legge n. 2359 del 25 giugno 1865, Espropriazione pe pubblica utilità
- DPR 327/2001, t.u. espropriazioni per pubblica utilità

### *Giurisprudenza*

- Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza, 30/10/2003, ricorso n. 31524/96, caso Belvedere alberghiera c. Governo italiano
- Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza 11/12/2003, ricorso n. 24638/94, caso Carbonara e Ventura c. Governo italiano
- Corte Cost., sentenza 388, 1988
- Corte Cost., sentenza 486, 27/12/1991
- Cass. civ., sez. II, sentenza n. 9316, 11/04/2017
- Cass. Civ, Sez. II, sentenza n.14741, 24/06/2009
- Cass. Civ., sez. II, sentenza n. 5985, 28/05/1993
- Cass. civ., sez. II, sentenza n. 3714, 19/04/1994
- Cass. civ., sez. II, sentenza n. 11154, 12/11/1997
- Cass. civ., sez. II, sentenza n. 4120, 22/03/2001
- Cass. civ., sez. II, sentenza n. 3675, 18/04/1996
- Cass. civ., n. 5242, 27/08/1986
- Cass. civ., sez. II, n. 10699, 14/12/1994
- Cass. civ., n. 970, 05/02/1983
- Cass. civ., sez. III, n. 603, 22/01/1998
- Cass. civ., sez. II, n. 6921, 21/05/2001
- Cass. civ., sez. II,n.9100, 12/04/2018
- Cass. civ., sentenza n. 24781, 19/10/2017
- Cass. civ., sez. I, n. 148, 10/01/1998
- Cass. civ., sez. I, n. 12841, 15/12/1995
- Cass. civ., sez. un., sentenza n. 1907, 04/03/1997
- Cass. civ., sez. II, sentenza n. 9093, 12/04/2018
- Cass. civ., sez. II, sentenza n. 6177, 16/03/2011
- Cass. civ. se. un., sentenza n. 735, 19/01/2015
- Cass. civ., sez. II, n. 3440, 21/02/2005
- Cass. civ., sentenza n. 1730, 7/06/1968
- Cass., sez. III, n. 4337, 7/07/1980

- Cass. n. 304, 28/04/1944
- Cass., n. 601, 06/03/1974
- Cass. civ., sez. I, n. 1543, 23/02/1999
- Cass. civ., n. 551, 27/10/1984
- Cass. civ., n. 1811, 16/03/1984
- Cass. civ., n. 6380, 26/11/1988
- Cass. civ., sez. II, n. 3819, 25/02/2015
- Cass. civ. , n. 2455, 26/02/1993
- Cass., sez. II, sentenza n. 12923, 24/07/2012
- Cass. ordinanza n. 22082, 25/10/2011
- Cass., sez. II civ., sentenza 33546, 28/12/2018
- Cass. civ., sez. II, n. 8776, 26/10/1994
- Cass. civ., sez. I, n. 20508, 30/09/2010
- Cass. civ., sez. II, n. 8662, 03/04/2008
- Cass. civ., sez. un., sentenza n. 1464, 16/02/1983
- Cass. civ., sentenza n. 3243, 8/06/1979
- Cass., sez. un., sentenza n. 12546, 25/11/1992
- Cons. di Stato, Ad. Plenaria, sentenza n. 2, 29/04/2005
- TAR Piemonte, sez. I, n.368, 28/03/2018
- T. Roma, 25-09-1985
- T. Napoli, 09-03-1994

### *Dottrina*

Paradiso M., Il codice civile. Commentario, L'accessione al suolo, artt. 934-938, Giuffrè editore, 1994

Grasselli G. (a cura di), La proprietà immobiliare, Cedam, Padova, 2010

Ruperto C., La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina, libro III "Della proprietà", Tomo I (artt. 810-951), Giuffrè editore, Milano, 2005

Cendon P. (a cura di), Il diritto privato nella giurisprudenza, Proprietà e diritti reali, I Proprietà- Beni- Multiproprietà- Superficie-Enfiteusi, Utet giuridica, Torino

Furguele G., La circolazione dei beni, in Lipari N., Rescigno P., Diritto civile, volume II "La proprietà e il possesso", Giuffrè editore

Enriquez G., L'accessione della costruzione edificata sul terreno di uno dei coniugi, in Lobo M. (a cura di), Questioni di diritto privato, Milano, 2014

Comporti M., Tipicità dei diritti reali e figure di nuova emersione, in Studi in onore di Bianca, Milano, 2006, II, p. 769

De Gioia V., Top 10 diritto civile e penale, n.3 costruzione su bene comune, editore Key, ottobre 2018

Carioti C., Dei modi di acquisto della proprietà: profili sistematici e questioni attuali di diritto civile, pagg. 123 e ss., editore Key, luglio 2018

Tramontano L., Itinerari di giurisprudenza: focus ragionati di diritto civile e penale, Wolters Kluwer, 2018

Bregante L., Le azioni a tutela del possesso, G. Giappichelli editore, Torino

Carcaterra G., Presupposti e strumenti della scienza giuridica, Capitolo III, Le norme di secondo livello: le norme di validità, G. Giappichelli editore, Torino

Gambaro A., Morello U., Trattato dei diritti reali, Volume I, Proprietà e possesso, Giuffrè editore

Viola L., Studi monografici di diritto civile: percorsi ragionati sulle problematiche di maggiore attualità, Halley editrice

Oberto G., Acquisto a titolo originario e comunione legale, in Famiglia e diritto, 1994, allegato al n. 1, p. 5 ss)

Luminoso, Accessione e altre vicende delle cose nella comunione coniugale, in Riv. not., 1985, 760

Barbero, Il sistema del diritto privato a cura di Liserre e Florida, Torino, 1988, 688

Gentili, Acquisti per accessione e comunione legale dei beni fra coniugi, in Giur. it., 1984, I, 2, 883