

*Cass. civ., Sez. Unite, Sent., (data ud. 07/11/2017) 16/02/2018, n. 3873*

COMUNIONE E CONDOMINIO › Parti comuni dell'edificio

*Intestazione*

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

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

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 2276-2013 proposto da:

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

- ricorrente -

contro

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

- controricorrente -

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

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

Udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. SORRENTINO Federico, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso, p.q.r.;

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

### *Svolgimento del processo*

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

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

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

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

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

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

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

Ha resistito con controricorso la società Cà D'Oro.

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

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

- un primo orientamento, più tratteggiato, secondo cui, per il principio dell'accessione (art. 934 cod. civ.), la costruzione su suolo comune è anch'essa comune, mano a mano che si innalza, salvo contrario accordo scritto ad substantiam (art. 1350 cod. civ.); pertanto, per l'attribuzione in proprietà esclusiva, ai contitolari

dell'area comune, dei singoli piani che compongono la costruzione, sono inidonei sia il corrispondente possesso esclusivo del piano, sia il relativo accordo verbale, sia il proporzionale diverso contributo alle spese (Cass., Sez. 2, 11/11/1997, n. 11120; Cass., Sez. 1, 12/05/1973, n. 1297; Cass., Sez. 2, 11/07/1978, n. 3479; Cass., Sez. 2, 10/11/1980, n. 6034);

- un secondo e più recente orientamento - fatto proprio dai giudici di merito - secondo cui, invece, la disciplina sull'accessione, contenuta nell'art. 934 cod. civ., si riferisce solo alle costruzioni su terreno altrui, mentre alle costruzioni eseguite da uno dei comproprietari su terreno comune non si applica tale disciplina, ma quella in materia di comunione, con la conseguenza che la comproprietà della nuova opera sorge a favore dei condomini non costruttori solo se essa sia realizzata in conformità a detta disciplina, ossia con il rispetto delle norme che dettano i limiti che ciascun comproprietario deve osservare nell'uso della cosa comune, mentre le opere abusivamente realizzate non possono considerarsi beni condominiali per accessione, ma vanno considerate appartenenti al comproprietario costruttore e rientranti nella sua esclusiva sfera giuridica (Cass., Sez. 2, 22/03/2001, n. 4120; Cass., Sez. 2, 27/03/2007, n. 7523).

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

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

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

### ***Motivi della decisione***

1. - Col primo motivo di ricorso, si deduce (ex art. 360 cod. proc. civ., n. 4), la violazione dell'art. 112 cod. proc. civ., per avere la Corte di Appello erroneamente escluso che la sentenza di primo grado, nel dichiarare che la società convenuta aveva acquistato a titolo originario la proprietà esclusiva del corpo di fabbrica interrato, fosse incorsa in nullità per extrapetizione. Secondo il ricorrente, la società Cà D'Oro non

avrebbe proposto alcuna domanda di accertamento dell'acquisto a titolo originario del corpo di fabbrica per cui è causa, avendo invece posto a fondamento della sua domanda di assegnazione del fabbricato in proprietà esclusiva la circostanza dell'assunzione per intero delle spese di costruzione con l'asserito consenso del P.. Tale fatto, secondo il ricorrente, non potrebbe qualificarsi come "costitutivo" di un acquisto a titolo originario, ma (a tutto concedere) di un acquisto a titolo derivativo.

Unitamente a tale mezzo va esaminato, per la sua stretta connessione, il quinto motivo di ricorso, col quale si deduce (ex art. 360 cod. proc. civ., n. 4) la violazione dell'art. 112 cod. proc. civ., per avere la Corte territoriale ritenuto che la domanda riconvenzionale della società Cà D'Oro, relativa all'accertamento della proprietà esclusiva del fabbricato, fosse autodeterminata e per avere altresì ritenuto che la Cà D'Oro avesse fatto valere un titolo di acquisto della proprietà a titolo originario, piuttosto che un titolo di acquisto a titolo derivativo.

Le censure non sono fondate.

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

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

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

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

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

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

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

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

L'eccezione va rigettata, dovendo ritenersi che la richiesta di accertamento dell'avvenuto acquisto per accessione, da parte del P., della proprietà della costruzione de qua era implicita nella proposta domanda

di scioglimento della comunione, costituendo il presupposto logico-giuridico di essa.

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

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

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

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

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

Nonostante la frammentazione delle varie fattispecie tradizionalmente ricondotte all'accessione, la dottrina rinviene il carattere ad esse comune nel fatto che l'acquisto della proprietà è legato al solo fatto materiale ed obiettivo dell'incorporazione (c.d. "attrazione reale"), da intendersi come "unione stabile" di una cosa con un'altra, non rilevando se essa sia avvenuta per evento naturale o per opera dell'uomo. La proprietà si acquista ipso iure al momento dell'incorporazione; quest'ultima è un fatto giuridico in senso stretto, ossia un fatto che determina l'effetto giuridico dell'acquisto della proprietà a prescindere dalla volontà dell'uomo.

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

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

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

La regola dell'accessione, nella misura in cui consente la ricompattazione e la semplificazione delle situazioni di appartenenza punta a salvaguardare l'interesse generale al più razionale sfruttamento economico del suolo, ma costituisce soprattutto - anche grazie al sistema della pubblicità immobiliare - presidio della certezza dei rapporti giuridici e della sicurezza della circolazione della proprietà. Essa finisce per limitare lo stesso potere del proprietario del suolo di disporre del suo diritto, non potendo egli alienare il suolo e la costruzione l'uno separatamente dall'altro, salvo a costituire con atto redatto nelle forme di legge

(art. 1350 cod. civ.) e soggetto all'onere della trascrizione (art. 2643 e segg. cod. civ.) - un diritto reale di superficie (sub specie di proprietà superficiaria) (artt. 952 e segg. cod. civ.).

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

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

Secondo l'opposto e più recente orientamento, oggi prevalente, la fattispecie dell'accessione di cui all'art. 934 cod. civ. si riferirebbe solo alle costruzioni od opere eseguite su terreno altrui, presupporrebbe cioè che il costruttore sia un "terzo" rispetto ai proprietari del suolo; e poichè il comproprietario costruttore non può essere considerato "terzo" rispetto agli altri comunisti, la fattispecie della costruzione eseguita da uno dei comproprietari su suolo comune non potrebbe essere regolata dall'art. 934 cod. civ., ma sarebbe invece regolata dalla disciplina in materia di comunione, che configurerebbe una deroga al principio dell'accessione. In particolare, secondo tale giurisprudenza, la nuova costruzione sarebbe di proprietà comune a tutti i comunisti se eseguita in conformità alle regole del condominio, cioè con il rispetto delle norme sui limiti del comproprietario all'uso delle cose comuni (art. 1102 cod. civ.); apparterebbe, invece, solo al comproprietario costruttore se eseguita in violazione della disciplina condominiale (costruzione "illegittima") (Cass., Sez. 2, 27/03/2007, n. 7523; Cass., Sez. 2, 18/04/1996, n. 3675; Cass., Sez. 2, 22/03/2001, n. 4120; Cass., Sez. 2, 24/01/2011, n. 1556).

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

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

Va premesso che, secondo l'insegnamento consolidato di questa Corte regolatrice, in materia di accessione, è "terzo" colui che non sia legato al proprietario del suolo da un rapporto giuridico, di natura reale o personale, che lo legittimi a costruire sul fondo medesimo. Ove invece sussista un diritto reale o personale che assegni al terzo la facoltà di edificare su suolo altrui viene meno la ragione di applicare la disciplina dell'accessione intesa come ipotesi di soluzione del conflitto tra contrapposti interessi, perchè il conflitto risulta assoggettato ad una disciplina specifica (ad es.: gli artt. 1592 e 1593 cod. civ. in tema di miglioramenti e addizioni nel rapporto di locazione; gli artt. 983, 985 e 986 in tema di usufrutto; etc.) (cfr. Cass., Sez. 2, 05/02/1983, n. 970; Cass., Sez. 2, 14/12/1994, n. 10699). Si è ritenuto perciò che, ove sussista una comunione del suolo ed uno solo dei comproprietari del suolo costruisca su di esso, non è applicabile l'art. 936 cod. civ. (dettato per le "Opere fatte da un terzo"), non potendo il comproprietario costruttore essere qualificato "terzo" rispetto agli altri comproprietari del suolo (cfr. ex plurimis, Cass., Sez. 2, 14/01/2009, n. 743; Cass., Sez. 2, 14/12/1994, n. 10699; Cass., Sez. 2, 27/08/1986, n. 5242).

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

Diversi argomenti conducono a tale conclusione.

In primo luogo, sul piano dell'interpretazione letterale della legge, va rilevato che l'art. 934 cod. civ. - che detta la "regola generale" in materia di accessione - non contiene alcun riferimento soggettivo al costruttore. La norma enuncia il principio per cui "Qualunque piantagione, costruzione od opera esistente sopra o sotto il suolo appartiene al proprietario di questo" e prescinde del tutto da chi sia la persona del costruttore.

Si tratta di una nozione ampia di accessione che fa parte della tradizione giuridica dell'istituto nel nostro ordinamento e che si collega idealmente alla onnicomprensiva definizione di accessione contenuta nell'art. 443 cod. civ. 1865, che includeva persino l'acquisto dei frutti prodotti dal fondo (cfr. art. 444 cod. civ. abrogato); una nozione che non esclude l'accessione neppure nel caso di costruzioni realizzate dallo stesso proprietario del suolo.

Conferma di quanto detto si ricava dall'interpretazione sistematica del complesso delle norme relative all'accessione e, in particolare, dal fatto che le fattispecie di accessione relative al caso in cui il costruttore sia un "terzo" rispetto ai proprietari del suolo sono specificamente contemplate e regolate negli artt. 936 e 937 cod. civ. (disposizioni che disciplinano l'accessione rispettivamente nel caso in cui le opere siano state realizzate "da un terzo con materiali propri" ovvero "da un terzo con materiali altrui").

Essendo le ipotesi in cui le opere siano state eseguite da un soggetto "terzo" rispetto al proprietario del

suolo regolate dai richiamati artt. 936 e 937 cod. civ., va escluso che l'art. 934 cod. civ. possa riferirsi alle medesime opere eseguite dal terzo.

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

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

Si tratta di un principio che riconosce l'operare dell'accessione, ai sensi dell'art. 934 cod. civ., in favore del coniuge proprietario esclusivo del suolo, nonostante che egli stesso sia l'autore della costruzione (sia pure unitamente all'altro coniuge), nonostante cioè che il costruttore non sia "terzo" rispetto al proprietario del suolo. Anche da tale principio giurisprudenziale si ricava, perciò, conferma della conclusione secondo cui l'accessione non presuppone che il costruttore dell'opera sia "terzo" rispetto alla proprietà del suolo.

E allora, a meno di voler ridurre l'art. 934 cod. civ. ad una disposizione meramente enunciativa di una definizione giuridica (simile all'art. 443 cod. civ. abrogato) priva di immediata efficacia precettiva (ciò che, tuttavia, non sarebbe conforme nè alla lettera della legge nè all'intenzione del codificatore), deve concludersi che l'art. 934 cod. civ. detta la "regola generale" dell'accessione, che costituisce norma immediatamente applicabile e destinata a regolare tutte quelle fattispecie in cui l'incorporazione di piantagioni o materiali al suolo non trovi specifica disciplina in diverse disposizioni di legge.

Tra tali fattispecie rientra certamente il caso in cui il suolo appartenga in comunione a più soggetti ed uno (o alcuni) soltanto di essi abbia realizzato una costruzione sul suolo comune.

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

Può ritenersi, dunque, che tanto l'interpretazione letterale quanto l'interpretazione sistematica delle norme codicistiche relative all'accessione depongono nel senso che la "regola generale" dell'accessione di cui

all'art. 934 cod. civ. prescinde dal riferimento soggettivo all'autore della costruzione e che non vi sono ragioni per escludere che essa - legata com'è al mero fatto dell'incorporazione dei materiali al suolo - operi anche nel caso di costruzione realizzata dal singolo comproprietario sul suolo comune.

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

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

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

Invero, la disciplina giuridica della comunione (art. 1100 e segg. cod. civ.) punta a regolare i rapporti tra comproprietari nell'uso e nel godimento della cosa comune (art. 1102 cod. civ.), a fissare i limiti entro cui è consentito il compimento di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione del bene comune o sono permesse le innovazioni e la disposizione della cosa comune, con la garanzia delle ragioni delle minoranze (artt. 1108 e 1120 cod. civ.). Nessuna delle norme che regolano la comunione è, tuttavia, atta ad incidere sui modi di acquisto della proprietà o a mutare l'assetto della proprietà comune, sì da poter configurare una disciplina speciale, e quindi una deroga, rispetto al principio di accessione.

Peraltro, l'art. 1102 cod. civ. - che costituisce la norma fondamentale in materia di comunione (applicabile anche alla materia del condominio degli edifici in virtù del richiamo contenuto nell'art. 1139 cod. civ.) - consente a ciascun partecipante alla comunione di servirsi della cosa comune "purchè non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso secondo il loro diritto".

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

Orbene, queste norme escludono in radice che il singolo comproprietario, senza il consenso degli altri comunisti, possa cambiare destinazione al suolo comune ed edificare su di esso con l'intento di appropriarsi del medesimo ed escludere gli altri comproprietari dal suo godimento.

L'esistenza di un pari diritto di ogni comunista sulla cosa comune, infatti, è incompatibile con l'assunto che uno solo di essi possa divenire proprietario esclusivo dell'opera e del suolo comune su cui essa insiste.

D'altra parte, il comproprietario che costruisce senza il consenso degli altri partecipanti alla comunione realizza una alterazione della destinazione della cosa comune ed impedisce agli altri comunisti di fare uso

di essa secondo il loro diritto; egli infrange la disciplina della comunione e commette un "atto illecito", come "illegittima" è la costruzione realizzata sul suolo comune (Cass., Sez. 2, 24/01/2011, n. 1556; Cass., Sez. 2, 21/05/2001, n. 6921).

Dunque, essendo la disciplina della comunione destinata a regolare i rapporti tra comproprietari nell'uso e nel godimento della cosa comune e non contenendo tale disciplina alcuna norma in grado di determinare l'attrazione della nuova opera nella sfera patrimoniale esclusiva del comunista costruttore, va ripudiata l'idea che la disciplina della comunione costituisca deroga a quella relativa ai modi di acquisto della proprietà, sì da escludere l'operare dell'accessione.

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

Innanzitutto, se venisse esclusa l'applicabilità del principio di accessione in materia di comunione, non sarebbe dato comprendere sulla base di quale diverso principio la costruzione edificata da uno solo dei comproprietari possa divenire comune agli altri comunisti ove sia eseguita in conformità alle regole che disciplinano la comunione; ma risulterebbe anche, a maggior ragione, incomprensibile come il comproprietario costruttore che, violando la disciplina della comunione, abbia edificato sul suolo comune possa divenire proprietario esclusivo della costruzione, così sottraendo agli altri comunisti la proprietà del suolo su cui insiste la costruzione (a tale conclusione sembra addivenire la giurisprudenza criticata nella misura in cui non prospetta una proprietà del suolo occupato dalla costruzione diversa dalla proprietà della costruzione stessa).

Il vero è che, nella sostanza, la giurisprudenza criticata, una volta esclusa l'applicabilità del principio di accessione in materia di comunione e ritenuta applicabile solo la disciplina di cui agli artt. 1100 e segg. cod. civ., è venuta a creare di fatto, per via pretoria, una nuova figura di "acquisto a titolo originario" della proprietà, che non ha base legale.

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

abbia previsto e disciplinato.

E allora, ritenere, per via pretoria, che la violazione delle norme sulla comunione consenta al singolo comproprietario che costruisca sul suolo comune di acquistare la proprietà della costruzione e del suolo, in danno degli altri comunisti, costituirebbe una patente violazione della "riserva di legge" relativa ai modi di acquisto della proprietà.

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

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

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

2.5. - In definitiva, alla luce di quanto sopra detto, il Collegio ritiene che la disciplina della comunione non configuri affatto una deroga legale al principio di accessione di cui all'art. 934 cod. civ. e che quest'ultimo operi anche quando il suolo appartiene in comunione a più soggetti ed uno solo (o alcuni soltanto) di essi abbia provveduto a realizzare una costruzione o altra opera.

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

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

Tuttavia, nessuna delle deroghe all'operare dell'accessione previste dalla legge - quella relativa alle opere destinate all'esercizio della servitù eseguite dal proprietario del fondo dominante sul fondo servente (art.

1069 cod. civ.); o quelle relative alle addizioni eseguite dall'enfiteuta (art. 975 cod. civ., comma 3), dall'usufruttuario (art. 986 cod. civ., comma 2), dal possessore (art. 1150 cod. civ., comma 5) e dal locatore (art. 1593 cod. civ.), laddove lo *ius tollendi* opera quasi sempre in deroga all'accessione, se non ne venga nocumento alla cosa - riguardano il caso della comunione del suolo.

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

Costituiscono titoli idonei a impedire l'operare dell'accessione, quelli costitutivi di diritti reali, fra i quali si colloca, oltre alla costituzione diretta di un diritto di superficie (art. 952 e segg. cod. civ.), la c.d. concessione ad aedificandum, con la quale il proprietario del suolo rinuncia a fare propria la costruzione che sorgerà su di esso. Trattandosi di contratti relativi a diritti reali immobiliari, essi, ai sensi dell'art. 1350 cod. civ., devono rivestire la forma scritta ad substantiam (Cass., Sez. 1, 23/02/1999, n. 1543; Cass., Sez. 2, 11/11/1997, n. 11120; Cass., Sez. 2, 19/04/1994, n. 3714; Cass., Sez. 2, 27/10/1984, n. 5511); come anche per iscritto deve risultare la rinuncia del proprietario al diritto di accessione, che si traduce sostanzialmente nella costituzione di un diritto di superficie (Cass., Sez. 1, 15/12/1966, n. 2946).

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

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

L'art. 934 cod. civ. nulla dispone circa la disciplina che deve regolare i rapporti tra costruttore e proprietario del suolo; e la giurisprudenza di questa Corte - come si è detto - è costante nell'escludere che la materia possa essere regolata dall'art. 936 cod. civ., essendo questa una disposizione relativa alle "Opere fatte da un terzo" e non potendo il comproprietario essere qualificato "terzo" rispetto agli altri comproprietari del suolo (cfr. ex plurimis, Cass., Sez. 2, 14/01/2009, n. 743; Cass., Sez. 2, 14/12/1994, n. 10699).

Il Collegio ritiene che la disciplina giuridica che deve regolare i rapporti tra comproprietario costruttore e comproprietario non costruttore vada ricavata dalle norme che regolano la comunione: innanzitutto, dalle

norme che regolano l'uso della cosa comune e le innovazioni.

Invero, la costruzione su suolo comune - in quanto innovazione deve essere deliberata secondo quanto previsto dall'art. 1108 cod. civ. (per la comunione ordinaria) e dagli artt. 1120 e 1121 cod. civ. (per il condominio degli edifici), sempre col limite di non pregiudicare il godimento della cosa comune da parte di alcuno dei partecipanti.

Perciò, quando la costruzione è stata edificata senza la preventiva autorizzazione della maggioranza dei condomini ovvero quando essa pregiudichi comunque il godimento della cosa comune da parte di tutti i comproprietari, il comproprietario che ha patito pregiudizio dalla costruzione può esercitare - nei confronti del comproprietario costruttore - le ordinarie azioni possessorie (cfr., in tema di azione di manutenzione, Cass., Sez. 2, 17/10/2006, n. 22227) e l'azione di rivendicazione (Cass., Sez. 2, 28/08/1990, n. 8884).

Il comproprietario leso può anche esercitare lo *ius tollendi* e pretendere la demolizione dell'opera lesiva del suo diritto, ricorrendo alla tutela in forma specifica ex art. 2933 cod. civ. (cfr. Cass., Sez. 2, 13/11/1997, n. 11227). La demolizione dell'opera può essere anche decisa - al di fuori del caso di lesione del diritto del singolo comunista - dalla maggioranza dei comproprietari ai sensi dell'art. 1108 cod. civ..

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

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

E' vero che tale disposizione (relativa al caso del "terzo costruttore") non è applicabile al diverso caso delle opere edificate dal comproprietario sul suolo comune; ciò non vuol dire però che in tale ipotesi non debba tenersi conto egualmente dei principi di tolleranza e di affidamento, nonchè del principio di buona fede.

Trattasi di principi generali immanenti all'ordinamento giuridico, in quanto tali sottesi all'intera disciplina del codice civile, che devono sempre essere tenuti in conto dal giudice.

E' necessario, allora, tener distinti il caso in cui il comproprietario costruttore abbia agito contro l'esplicito divieto del comproprietario o all'insaputa di questi dal diverso caso in cui egli abbia agito, se non col consenso, quanto meno a scienza e senza opposizioni dell'altro comproprietario.

Nel primo caso, ove vi sia stata violazione delle norme in tema di condominio, va riconosciuto lo *ius tollendi* al comproprietario non costruttore, il quale può senz'altro agire per ottenere il ripristino dello status quo ante.

Nel secondo caso, invece, essendovi stato il consenso esplicito o anche meramente implicito del

comproprietario non costruttore, va escluso - a tutela della buona fede e dell'affidamento del costruttore - che il primo possa pretendere la demolizione dell'opera.

Per la medesima ragione anche la mera tolleranza, ossia la mancata reazione da parte del comproprietario non costruttore all'abuso intrapreso dal comunista costruttore, protratta per un congruo periodo di tempo dal giorno in cui ha avuto notizia dei lavori, preclude l'esercizio dello ius tollendi, facendo sorgere l'affidamento del costruttore sul sopravvenuto consenso implicito del compartecipe alla comunione.

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

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

Va aggiunto che, ove lo ius tollendi non venga (o non possa essere) esercitato, sorge, in favore del comproprietario costruttore, un diritto di credito nei confronti degli altri comunisti, divenuti per accessione comproprietari dell'opera; nasce cioè tra le parti un rapporto obbligatorio in forza del quale i comproprietari non costruttori sono tenuti a rimborsare al comproprietario costruttore, in proporzione alle rispettive quote di proprietà, le spese sopportate per l'edificazione dell'opera, secondo le norme che regolano la comunione e gli altri istituti di volta in volta applicabili (mandato, negotiorum gestio, arricchimento senza causa, etc.).

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

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

Così facendo, la Corte territoriale ha mostrato di non tener conto del principio di diritto ripetutamente affermato da questa Corte regolatrice secondo cui i contratti traslativi della proprietà di beni immobili o costitutivi, modificativi o traslativi di diritti reali immobiliari su cosa altrui devono, ai sensi dell'art. 1350 cod. civ., rivestire la forma scritta ad substantiam (Cass., Sez. 1, 23/02/1999, n. 1543; Cass., Sez. 2,

19/04/1994, n. 3714; Cass., Sez. 2, 27/10/1984, n. 5511; Cass., Sez. 2, 16/03/1984, n. 1811); sicchè è nulla la promessa verbale del proprietario del suolo di trasferire ad altro la proprietà del manufatto su di esso edificato (cfr. Cass., Sez. 2, 26/11/1988, n. 6380); come, d'altra parte, la concessione ad aedificandum convenuta verbalmente, e quindi senza un atto scritto, non acquista efficacia reale, ma dà vita ad un rapporto meramente obbligatorio, ossia ad un diritto personale nei confronti del concedente (Cass., Sez. 1, 17/12/1968, n. 4006; Cass., Sez. 2, 10/07/1985, n. 4111).

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

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

- "La costruzione eseguita dal comproprietario sul suolo comune diviene per accessione, ai sensi dell'art. 934 cod. civ., di proprietà comune agli altri comproprietari del suolo, salvo contrario accordo, traslativo della proprietà del suolo o costitutivo di un diritto reale su di esso, che deve rivestire la forma scritta ad substantiam";
  - "Il consenso alla costruzione manifestato dal comproprietario non costruttore, pur non essendo idoneo a costituire un diritto di superficie o altro diritto reale, vale a precludergli l'esercizio dello ius tollendi";
  - "Ove lo ius tollendi non venga o non possa essere esercitato, i comproprietari del suolo sono tenuti a rimborsare al comproprietario costruttore, in proporzione alle rispettive quote di proprietà, le spese sopportate per l'edificazione dell'opera".
3. - Gli altri motivi rimangono assorbiti.
4. - Il giudice di rinvio provvederà anche in ordine alle spese relative al presente giudizio di legittimità.

***P.Q.M.***

La Corte Suprema di Cassazione, pronunciando a Sezioni Unite, accoglie il secondo e il quarto motivo di ricorso, rigetta il primo e il quinto, dichiara assorbiti gli altri; cassa la sentenza impugnata in relazione alle censure accolte e rinvia, anche per le spese del giudizio di legittimità, ad altra sezione della Corte di Appello di Venezia.

***Conclusionone***

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

Depositato in Cancelleria il 16 febbraio 2018