

Costruzione su suolo comune senza il consenso dei comproprietari: accessione o comunione?

di Attilio Guarneri

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I due opposti orientamenti giurisprudenziali. – 3. La prospettiva storica. – 4. Le ragioni a favore dell'applicazione del principio di accessione. – 5. Le ragioni contrarie all'applicazione del principio di comunione. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione.

La sentenza delle sezioni unite¹ si segnala anzitutto per aver archiviato un orientamento giurisprudenziale recente della seconda sezione in tema di disciplina della costruzione su suolo comune, compiuta da uno dei comproprietari senza il consenso degli altri.

Si segnala poi per l'ampia ed esauriente motivazione, che utilizza al meglio i canoni di interpretazione letterale, storica, sistematica, di analisi economica del diritto e, da ultimo, il "comune senso di giustizia".

2. I due opposti orientamenti giurisprudenziali.

Come emerge da una immediata lettura della sentenza al tema della costruzione su suolo comune ad opera di uno dei comproprietari in assenza del consenso degli altri la Corte Suprema, a sezioni semplici, aveva dato due soluzioni assai diverse: secondo un primo orientamento, più risalente, in applicazione del principio di accessione, la costruzione, via via che si innalza, diviene automaticamente comune salvo contrario accordo

inter partes a mezzo di atto dotato di forma scritta ad *substantiam*²; secondo altro orientamento, più recente, in applicazione del principio della comunione, la costruzione diviene comune solo se eseguita nel rispetto delle norme che ciascun comproprietario deve osservare nell'uso della cosa comune, con la conseguenza che nel diverso caso di abuso essa diviene di proprietà esclusiva del comproprietario costruttore³.

3. La prospettiva storica.

La sentenza in esame fa precedere allo scrutinio dei motivi di impugnazione l'analisi dei caratteri essenziali dell'istituto dell'accessione, valorizzando in prospettiva storica l'affermazione del medesimo nel diritto romano, la sua evoluzione nel diritto medioevale ad opera soprattutto dei glossatori, la sua recezione nel *Code Napoléon*, il suo passaggio nel codice civile italiano del 1865 e nell'attuale codice civile del 1942.

Il richiamo al diritto romano e alla tradizione romanistica fa ritornare alla memoria un'affermazione di Giuseppe Stolfi per la quale: "Tutte le volte in cui

¹ Cfr. CASS., sez. un., 16.2.2018, n. 3873. La sentenza è pubblicata *supra*, in *Parte Prima*, p. 854, con nota di TORMEN.

² Cfr., *ex multis*, CASS., sez. II, 11.11.1997, n. 11120 (Pres. Favara, Est. Corona, P.M. Sepe - concl. conf.), in *Mass. Foro it.*, 1997, che, dopo aver enunciato che "per il principio dell'accessione (art. 934 cod. civ.) la costruzione su suolo comune è anch'essa comune, man mano che si innalza, salvo contrario accordo scritto ad *substantiam* (art. 1350 cod. civ.)", esclude la rilevanza, ai fini dell'attribuzione in proprietà esclusiva ai contitolari dell'area comune dei singoli piani che compongono la costruzione, sia del corrispondente possesso esclusivo del piano, sia del relativo accordo verbale, sia del proporzionale diverso contributo alle spese; e CASS., sez. II, 23.2.1999, n. 1543 (Pres. Sensale, Est. Salmé, P.M. Ceniccola - parz. diff.), *ivi*, 1999, per la quale in ipotesi di perimento di edificio in condominio e di ricostruzione del medesimo in maniera difforme dal precedente, il condominio non rinasce e "quanto edificato costituisce invece un'opera realizzata su suolo comune, come tale soggetta alla disciplina dell'accessione e quindi da attribuire secondo le quote originarie ai comproprietari del suolo: la deroga a tali principi richiede ad *substantiam* la forma scritta ex art. 1350 cod. civ."

³ Cfr., *ex multis*, CASS., sez. II, 22.3.2001, n. 4120 (Pres. Spadone, Est. Mazziotti Di Celso, P.M. Pivetti - concl. diff.), in *Mass. Foro it.*, 2001, che enuncia la seguente massima: "Alle costruzioni eseguite da uno dei comproprietari su terreno comune non si applica la disciplina sull'acces-

sione contenuta nell'art. 934 c.c., che si riferisce solo alle costruzioni su terreno altrui, ma quella in materia di comunione, con la conseguenza che la comproprietà della nuova opera sorge a favore dei condomini non costruttori solo se essa sia stata realizzata in conformità di detta disciplina, cioè con il rispetto delle norme sui limiti del comproprietario all'uso delle cose comuni, cosicché le opere abusivamente create non possono considerarsi beni condominiali per accessione"; nonché Cass., sez. II, 22.3.2007, n. 7523 (Pres. Elefante, Est. Mazziotti Di Celso, P.M. Russo - concl. diff.), *ivi*, 2007, ove una massima pressoché identica alla precedente con le ulteriori parole finali: "(...) - le opere abusivamente create - vanno considerate appartenenti al comproprietario costruttore e rientranti nella sua esclusiva sfera giuridica". Si noti che entrambe le massime, ove figura il medesimo estensore, richiamano le conclusioni difformi del rappresentante dell'ufficio del P.M. In questo orientamento sono da segnalare anche Cass., sez. II, 18.4.1996, n. 3675 (Pres. Verde, Est. Patierno, P.M. Palmieri - conf.), *ivi*, 1996, e Cass., sez. II, 24.1.2011, n. 1556 (Pres. Schettino, Est. Migliucci, P.M. Russo - conf.), *ivi*, 2011, che entrambe, in caso di costruzione eseguita da uno dei comproprietari su terreno comune, escludono l'applicazione delle regole sull'accessione e applicano le regole della comunione a meno che non vi sia il consenso degli altri partecipanti alla comunione, reso in forma scritta a pena di nullità, idoneo alla costituzione di un diritto reale *ad hoc*.

mi è stato consentito, non ho mancato di muovere dal diritto romano per conoscere compiutamente il diritto italiano”⁴ e le affermazioni di due celebri romanisti, ancor oggi assai illuminanti, per le quali: “Il fondamento di tale acquisto – per accessione – risiede nel più vasto concetto del potere di attrazione reale, che è una delle più spiccate caratteristiche della proprietà romana, per cui il *dominium* su una data *res* (più evidentemente nei *fundi*) non consente un concorrente dominio altrui su una cosa che sia parte della stessa *res*, o che con essa venga a congiungersi in modo da perdere la propria autonomia e da divenirne parte”⁵; e l’acquisto della proprietà per accessione viene individuato “in questo antichissimo potere di assorbimento della proprietà del suolo verso quanto vi è incorporato verticalmente (cioè sopra o sotto)”⁶.

4. Le ragioni a favore dell’applicazione del principio di accessione.

In questo contesto occorre tornare ad analizzare, come bene ha fatto la sentenza in oggetto, i caratteri essenziali dell’accessione.

La tradizione romanistica impone due regole, esplicitate da due noti e facili brocardi: la prima, più generale, per la quale “*accessorium principale sequitur*”, implica un’attrazione o assorbimento della cosa accessoria nella sfera della cosa principale; la seconda, più particolare, per la quale “*superficies solo cedit*”, che individua nel suolo la cosa principale e nella superficie, intesa come costruzione o opera (*supra factum*), o piantagione⁷, la cosa accessoria e comporta allora l’acquisto della proprietà di quest’ultima a favore del proprietario del suolo⁸.

Come pure è noto, anche il vigente codice civile italiano al pari degli altri codici della tradizione giuridica occidentale, ha recepito questo secondo principio, collocando l’accessione tra i modi di acquisto della proprietà (art. 922) in una sezione in cui essa compare insieme con specificazione, unione, commistione (artt. 934 ss.).

Come pure è noto, la normativa si completa con il riferimento alle opere fatte dal proprietario del suolo con materiali altrui (art. 935); alle opere fatte da un terzo con materiali propri (art. 936); alle opere fatte da un terzo con materiali altrui (art. 937); alla occupazione di fondo attiguo (art. 938).

È stato esattamente osservato che: “L’accessione può essere vista come un modo di acquisto della proprietà in cui la situazione di appartenenza fondiaria è causa dell’acquisto di un’altra cosa, e la *ratio* del sistema è facilmente riconducibile ad esigenze di razionalità economica e di organizzazione giuridica delle proprietà immobiliari essendo palese che le norme di cui agli artt. 934-937 c.c., le quali riguardano l’accessione in senso stretto, detta anche ordinaria, o verticale, sono chiaramente rivolte a semplificare l’individuazione delle situazioni di appartenenza immobiliari, sia sotto il profilo statico che sotto un profilo dinamico connesso alla loro circolazione; profilo dinamico che però, a differenza di quanto accade in tema di pertinenze, solo di riflesso accompagna la disciplina di fondo e la completa”⁹.

È stato pure rilevato che: “L’unico valore dell’art. 934 cod. civ. si riscontra, perciò, nel mostrare come, per esigenze di economia dell’organizzazione giuridica, il nostro diritto si collochi, in sintonia con tutti gli altri appartenenti alla tradizione occidentale, nel considerare – fino a prova contraria – il proprietario fondiario titolare, e quindi responsabile, di tutto quanto si trovi stabilmente sul fondo. Tale disciplina, qualora correttamente interpretata, è efficiente, perché demarca chiaramente le sfere proprietarie e perché consente di utilizzare il negoziato diretto nella soluzione del conflitto”¹⁰.

Come insegna da tempo una consolidata giurisprudenza¹¹, l’acquisto della costruzione a favore del proprietario del suolo su cui essa viene edificata, in virtù del principio generale di accessione, si opera: 1) *a titolo originario*; 2) *immediatamente e contestualmente alla incorporazione della costruzione al suolo* sin dal suo inizio e a mano a mano che questa procede, *in modo automatico*

⁴ Cfr. G. STOLFI, *Il diritto romano nell’esperienza di un civilista*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, 30. Sul ruolo attuale dello studio del diritto romano per la formazione del giurista sia consentito rinviare a GUARNERI, *Diritto romano, tradizione romanistica e storia universale del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 667 ss., e, in particolare, 684-686.

⁵ Cfr. SANFILIPPO, voce «Accessione (dir. rom.)», nel *Noviss. Digesto it.*, I, 1, Utet, 1968, 130.

⁶ Cfr. BRANCA, voce «Accessione», in *Enc. del dir.*, I, Giuffrè, 1958, 267.

Anche ALPA, voce «Accessione», nel *Digesto IV ed.*, *Disc. priv.*, sez. *civ.*, I, Utet, 1987, 29, richiama “le raffinate e interessanti ricostruzioni storiche dell’istituto”, pur dichiarando la sua propensione per una prospettiva teleologica, volta a privilegiare l’aspetto funzionale dell’istituto e gli interessi in gioco.

⁷ Come è noto, peraltro, l’art. 956 cod. civ. it., rompendo con una tradizione secolare, ha introdotto il divieto di proprietà delle pianta-

gioni separata dalla proprietà del suolo.

⁸ Cfr., per tale richiamo, PARADISO, *L’accessione al suolo*, nel *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 1994, *sub artt.* 934-938, 7-14.

⁹ Cfr. GAMBARO, *La proprietà*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, 2a ed., 2017, 513-514.

¹⁰ Cfr. MATTEI, *La proprietà*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, II, Utet, 2001, 282.

¹¹ Cfr. CASS., 14.4.1947, n. 536; CASS., 9.2.1955, n. 370; CASS., 4.4.1962, n. 708; CASS., 15.12.1966, n. 2946; CASS., 26.3.1969, n. 974; CASS., 21.10.1976, n. 3704; CASS., 19.5.1979, n. 2746; CASS., 10.7.1985, n. 4111; CASS., 31.3.1987, n. 3103; CASS., 16.2.1993, n. 1921; CASS., 6.6.2006, n. 13215; CASS., 15.5.2013, n. 11742, e ora anche la sentenza delle sezioni unite in commento. In dottrina, cfr. PARADISO, *op. cit.*, 51 ss., e GUARNERI, *La superficie*, nel *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 2007, *sub art.* 952, 27 ss.

e ipso iure; 3) senza bisogno di alcuna manifestazione di volontà e, in particolare, senza quindi alcuna attività giuridica da parte del *dominus soli*; 4) a prescindere dall'eventuale buona fede del costruttore. In questo contesto, la pronuncia del giudice al riguardo viene ritenuta avere natura soltanto *dichiarativa*.

A seguito dell'accessione suolo e costruzione vengono a costituire fisicamente e giuridicamente un'entità unica, sulla quale non apparirebbe, secondo un certo orientamento, concepibile una disintegrazione sia riguardo all'esercizio del potere di fatto sulla cosa, sia riguardo all'acquisto di diritti distinti, riferibili l'uno al suolo e l'altro alla costruzione¹².

Come è ben noto e come già si accennava, ex art. 934 cod. civ., l'operatività del principio di accessione può essere preclusa e derogata soltanto dal titolo o da una specifica disposizione di legge, che attribuisca, in tutto o in parte, la proprietà dell'opera, costruita sul suolo, ad un soggetto distinto dal proprietario del medesimo¹³.

Si legga in proposito una massima tralaticia della Cassazione per la quale: “La compravendita di un terreno su cui insistono delle costruzioni comporta, per il principio di accessione – in forza del quale l'opera esistente sopra o sotto il suolo appartiene al proprietario dello stesso – il trasferimento anche dei relativi immobili, ancorché non espressamente menzionati nell'atto, salvo che il venditore, contestualmente alla cessione, non costituisca, su di essi un diritto di superficie a favore proprio o di terzi”¹⁴.

Il titolo evoca dunque il negozio costitutivo di un diritto reale di superficie sul soprasuolo o nel sotto-suolo, che comporta all'evidenza la contestuale rinuncia del proprietario del suolo a far propria la costruzione, presente o futura, sopra o sotto il suolo e quindi al diritto di accessione¹⁵.

In breve, tra il principio di accessione e il diritto reale di superficie esiste un rapporto di reciproca opposizione ed esclusione, che porta il secondo, ove validamente costituito, ad escludere l'operatività del primo¹⁶.

In senso analogo, è stato osservato che: “In una dimensione statica il principio di accessione fornisce una disciplina di chiusura rispetto alla situazione di appartenenza del terreno sul quale insistono manufatti o

piantagioni. Grazie al principio dell'accessione diviene irrilevante accertare a causa di quali fatti, o atti, il manufatto, o la piantagione, siano stati realizzati. Sussiste infatti questa semplice alternativa: o esiste un titolo che regoli l'attribuzione della proprietà del terreno e dei manufatti, oppure subentra il principio dell'accessione, che attribuisce la proprietà dell'insieme al proprietario del suolo”¹⁷; e che “suolo e costruzione costituiscono un unico bene giuridico finché la costituzione di una proprietà superficaria da parte del proprietario non consenta di individuare la costruzione come autonomo bene”¹⁸.

Il quadro si completa con l'annotazione finale per la quale la paralisi all'operatività del principio di accessione non discende solo dalla costituzione di un diritto di superficie, ma può derivare altresì da una concessione *ad edificandum*, avente effetto puramente obbligatorio, e perciò non richiedente la forma scritta *ad substantiam*¹⁹; da una concessione amministrativa²⁰ o da una serie di disposizioni di legge²¹.

5. Le ragioni contrarie all'applicazione del principio di comunione.

La sentenza in esame, una volta esaurita l'analisi delle regole generali, che disciplinano l'istituto dell'accessione, passa a confutare singolarmente gli argomenti utilizzati dall'orientamento più recente, applicativo del principio della comunione. A suo avviso, il primo argomento in questione, quello che fa assurgere a presupposto indefettibile dell'accessione la qualità di terzo del costruttore rispetto al proprietario del suolo e che fa concludere per l'inapplicabilità dell'accessione medesima non potendo il comproprietario costruttore essere considerato terzo rispetto agli altri comproprietari, è del tutto infondato. Ciò anzitutto per un richiamo alla lettera dell'art. 934 cod. civ., che non contiene alcun riferimento soggettivo al costruttore e tanto meno a una sua presunta terzietà rispetto alla comproprietà del suolo e che, al contrario, contiene una previsione generalissima di attrazione della costruzione a favore del titolare del suolo in qualunque modo avvenuta e da chiunque effettuata.

Ciò poi per un richiamo ai principi dell'interpretazione sistematica di tutte le norme relative all'accessione,

¹² Cfr. CASS., 9.2.1955, n. 370, e CASS., 4.4.1962, n. 708, citt.

¹³ Cfr. CASS., 16.2.1993, n. 1921, cit.

¹⁴ Cfr. CASS., 21.11.2006, n. 24679, in *Foro it.*, 2007, I, 795. Sul problema ulteriore di accertare se suolo e costruzione costituiscano un'unità o una pluralità di beni? cfr. la nota di SCODITTI, *Suolo e costruzione sovrastante: unità o pluralità di beni?*, *ibidem*, 796 ss.

¹⁵ Cfr. CASS., 19.9.1956, n. 3237, e CASS., 15.12.1966, n. 2946, citt.

¹⁶ Cfr. GUARNERI, *La superficie*, cit., 27 ss.

¹⁷ Cfr. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, VIII, 2, Giuffrè, 1995, 760.

¹⁸ Cfr. SCODITTI, *op. cit.*, 797.

¹⁹ Cfr. CASS., 10.7.1985, n. 4111, cit.

²⁰ Cfr. CASS., 23.6.1972, n. 2098.

²¹ Ciò accade per le addizioni dell'enfiteuta (art. 975, comma 3°, cod. civ.), dell'usufruttuario (art. 986, comma 2°, cod. civ.), del possessore (art. 1150, comma 5°, cod. civ.) e del conduttore (art. 1593 cod. civ.); la previsione di uno *ius tollendi* a favore dei soggetti prima indicati, ove possa avvenire senza nocumento alla cosa, preclude, quando il diritto venga positivamente esercitato, l'operatività del principio di accessione a favore del *dominus soli*: cfr. CASS., 15.12.1966, n. 2946, cit.; infine occorre ricordare le regole ex artt. 935 e 938, che temperano il diritto di accessione: su tali temi cfr. ALPA, voce «Accessione», cit., 30.

che prevedono fattispecie di costruttori terzi rispetto al proprietario del suolo: artt. 936 e 937 cod. civ., in deroga alla norma generale dell'art. 934, che non prevede il requisito soggettivo di terzietà del costruttore.

Ciò ancora per un richiamo all'art. 935 cod. civ., che disciplina il diverso caso particolare della costruzione con materiali altrui.

Ciò ancora per la *regola del diritto vivente*, che attribuisce la costruzione effettuata durante il matrimonio da entrambi i coniugi, in regime di comunione legale, sul suolo di proprietà esclusiva di uno solo di essi in proprietà esclusiva a quest'ultimo, confermando così che l'operatività dell'accessione non presuppone nel costruttore la sua qualità di terzo rispetto alla proprietà del suolo²².

Il secondo argomento, che viene confutato, è rappresentato dal fatto che la comunione tra più soggetti del suolo, ove viene edificata una costruzione ad opera del singolo comproprietario, imporrebbe l'applicazione delle norme sulla comunione.

Senonché, proprio le norme della comunione (artt. 1102, 1108 e 1120 cod. civ.) escluderebbero in radice che senza il consenso degli altri comproprietari il singolo condomino possa cambiare la destinazione del suolo comune, edificando su di esso con l'intento di appropriarsi del medesimo.

Qui le sezioni unite dapprima qualificano come un atto illecito una simile costruzione e poi criticano radicalmente il corollario di tale decisione, che porterebbe all'autore della costruzione il duplice vantaggio di divenire non solo proprietario esclusivo della medesima, ma anche del suolo su cui insiste la costruzione.

Una simile conclusione viene respinta, perché in contrasto con una serie di principi, stratificatisi nel sistema a tutela della proprietà privata.

In proposito vengono richiamati, da un lato, gli artt. 834 cod. civ. e 42 Cost., che introducono una riserva di legge in materia di espropriazione della proprietà privata in assenza di interesse generale e senza indennizzo e, dall'altro, la difesa del comune senso di giustizia, che sarebbe compromesso ove si vedesse premiato

piuttosto che sanzionato il comproprietario, che commette un abuso vistoso e grave in danno degli altri comproprietari.

Andando oltre la sentenza in esame, si potrebbe aggiungere che un simile orientamento di diritto vivente confligge con l'art. 1 del primo protocollo addizionale alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, sottoscritta a Parigi il 20 marzo 1952, con l'art. 6, § 2, TUE, sottoscritto a Maastricht il 7 febbraio 1992, con l'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, sottoscritta a Nizza il 7 dicembre 2000, e con la giurisprudenza delle Corti sovranazionali che li interpretano, che tutti, nel loro insieme, hanno arricchito il nostro sistema delle fonti del diritto, facendolo partecipe di una dimensione ormai transnazionale della garanzia costituzionale della proprietà.

Come è noto, questi testi paneuropei, riflesso, tra l'altro, di un vasto e diffuso dibattito affermatosi nella dottrina di area angloamericana, poi estesosi anche ai paesi di tradizione continentale, sono volti a garantire il proprietario da sottrazioni del suo diritto prive di un adeguato indennizzo o ristoro²³ e sono giunti anche a far dubitare, tra l'altro, dell'ammissibilità negli ordinamenti di tradizione occidentale anche di istituti assai antichi e mai disputati, che comportano il sacrificio del diritto di proprietà senza la corresponsione di un indennizzo, quali gli acquisti *a non domino* e l'usucapione²⁴.

6. Conclusioni.

Nel quadro dunque di un'interpretazione costituzionalmente orientata e arricchita dai testi europei e dalla giurisprudenza delle Corti europee, bene dunque hanno fatto le sezioni unite a ripristinare i principi cardine del sistema, espungendo dal medesimo un orientamento per vari e diversi titoli inammissibile e richiamando a favore dei singoli comproprietari pregiudicati dalla costruzione le tutele possessorie, petitorie e, a certe condizioni, lo *ius tollendi*, ex art. 2933 cod. civ.²⁵.

²² Cfr. Cass., sez. un., 27.1.1996, n. 651, e Cass., 30.9.2010, n. 20508.

²³ Cfr. GAMBARO, *La proprietà*, cit., 161-208.

²⁴ Cfr. GUARNERI, *Usucapione, acquisto a non domino e Convenzione*

Europea dei diritti dell'uomo, in questa *Rivista*, 2016, II, 171 ss.

²⁵ Ad avviso di BONA, *Accessione, comunione e Verwirkung*, in *Foro it.*, 2018, I, 1214, qui la Corte avrebbe utilizzato, pur senza citarlo, l'istituto germanico della *Verwirkung*.