

CAPITOLO III

DIRITTI REALI

SOMMARIO: 1. Il nuovo regime del condominio negli edifici (l. 220/2012). – 2. La ripartizione delle spese relative alla manutenzione del lastrico solare (Cass. 13526/2014). – 3. Le servitù per destinazione del padre di famiglia (Cass. 3219/2014). – 4. Rapporti tra azione di rivendica ed azione di restituzione (S.U. 7305/2014). – 5. L'usucapione di azienda (S.U. 5087/2014). – 6. Abusivismo edilizio ed acquisti *ad usucapionem* (Cass. 23452/2012; Cass. 18888/2014). – 7. Cause interruttive del possesso *ad usucapionem* (Cass. 17213/2014). – 8. La tutela possessoria del coniuge di fatto (Cass. 7214/2013). – 9. Nuovi approdi sul pegno regolare ed irregolare (Cass. 3674/2014).

1. Il nuovo regime del condominio negli edifici (l. 220/2012).

Il primo problema che si pone in relazione all'istituto del condomino è quello della natura giuridica, la cui individuazione è, tutt'ora, controversa. Si tratta sicuramente di diritto di natura dominicale, anche se particolarmente atteggiato, proprio in ragione della esistenza del rapporto di accessorietà tra parti comuni, da un lato, e parti in titolarità esclusiva, dall'altro.

Se si analizza poi il regime giuridico del condominio, e lo si raffronta con quello della comunione (per un approfondimento sulla natura giuridica dell'istituto, Rocco Galli, *Appunti di diritto civile*, Cedam, 2008), se ne colgono subito le diversità.

In relazione al condominio, infatti, emerge immediatamente il profilo della necessaria organizzazione che è un aspetto inderogabile da parte dei contitolari. Tale organizzazione si incentra essenzialmente sulla assemblea condominiale e sull'amministratore, che sono, rispettivamente, organo deliberativo ed esecutivo (per chi ritiene che il condominio non sia un mero ente di gestione), anche se oggi particolarmente atteggiati.

L'aspetto organizzatorio assume una tale rilevanza in ambito condominiale da spingere il legislatore a disciplinare tutto l'*iter* necessario per la conformazione e successiva adozione delle delibere assembleari nonché i particolari rapporti tra assemblea ed amministratore. Per tali ragioni, secondo la giurisprudenza, il condominio è ente di gestione che, a rigore, non avrebbe né personalità né soggettività. È, cioè, ente di gestione soltanto sotto il profilo organizzatorio; manca, invece, il profilo della soggettività giuridica, che neppure la normativa più recente intende riconoscere.

A tal proposito, molti ritenevano che fosse oramai maturo il tempo per una definitiva consacrazione del condominio come ente dotato di propria soggettività giuridica, anche senza personalità, autonoma dai singoli condomini. Il che avrebbe comportato la qualificazione dell'amministratore non più come mandatario dei singoli condomini ma come vero e proprio organo di gestione con poteri simili a quelli di amministratore di società o di ente immateriale di tipo associativo. In tal senso, la previsione normativa di

una nota di trascrizione per tutti i condomini (art. 2659 c.c.), in cui vanno indicati l'eventuale denominazione, ubicazione e codice fiscale, ha fatto pensare propria a questa volontà del Legislatore. A prescindere, però, dal riferimento alla proprietà comune dei singoli proprietari condomini, non esiste una norma analoga a quella sul fondo delle persone giuridiche. È infatti bensì prevista la escussione, ma solo tra condomini morosi, e non già tra un fondo condominiale e i singoli condomini, magari con ulteriore escussione. Il fondo speciale per le spese di manutenzione straordinaria non ha, infatti, nulla a che vedere con il fondo previsto all'art. 37 c.c.. Di conseguenza, l'obbligazione contratta per la gestione della cosa comune non è soggettivamente semplice (del condominio o del gruppo come tale) ma dei singoli condomini. La nuova previsione introdotta dal Legislatore della novella intende soltanto favorire l'individuazione del soggetto contro cui o in favore del quale trascrivere quando i beni comuni possono circolare separatamente perché non necessari (lastrico solare, sottotetti ecc.). L'estensione ai condomini della disciplina sulle società, peraltro, avrebbe determinato una gravissima compressione del diritto di proprietà per i condomini di minoranza (così la relazione al testo normativo). La riforma non ha, dunque, chiarito la natura giuridica del condominio, con l'effetto di confermare la vecchia figura dell'amministratore come mandatario con rappresentanza; la stessa ne ha, tuttavia, arricchito i compiti professionali e le prerogative morali.

Il Legislatore del 2012 (l. 220/2012) ha, tutto sommato, dettato poche norme di carattere innovativo, per non creare una cesura netta tra vecchio e nuovo regime. È anche vero, però, che c'è stata una operazione di ammodernamento del codice che ha preso atto dei più recenti orientamenti giurisprudenziali e dottrinali. Ebbene, la nuova disciplina sul condominio provvede, *in primis*, a puntualizzare il profilo della utilizzazione e godimento dei beni comuni. A tal proposito, l'art. 1118 comma 1 c.c. stabilisce che il diritto di ciascun condomino sulle parti comuni è proporzionale al valore dell'unità immobiliare che gli appartiene. Valore, questo, che viene espresso in millesimi (per il cui accertamento non si tiene conto del canone locatizio, dei miglioramenti e dello stato di manutenzione di ciascuna unità immobiliare *ex art. 68 disp. att. c.c.*) e che può essere modificato o rettificato dall'assemblea all'unanimità ovvero, in casi particolari (errore e mutate condizioni dell'edificio, che determinino una alterazione del valore proporzionale dell'unità immobiliare), con la maggioranza prevista all'art. 1136 co. 2 c.c. (art. 69 co. 1 e 2 disp. att. c.c.).

Anche nel condominio, dunque, come nella comunione, viene in rilievo la nozione di quota. La norma prevede poi che, in caso di mancata determinazione espressa nel titolo, le quote si presumono uguali. La nozione di quota rileva, peraltro, sia in punto di ripartizione delle spese che ai fini della determinazione dei *quorum*, costitutivi e deliberativi, dell'assemblea (*ex art. 1136 c.c.*).

Il meccanismo privilegiato dal legislatore per la determinazione dei *quorum* assembleari è quello fondato sul principio maggioritario; in particolare, il computo avviene sulla base di un criterio misto che tiene conto non soltanto del numero dei partecipanti all'assemblea ma anche delle quote spettanti a ciascun condomino. Il Legislatore, in questo modo, ha inteso soddisfare esigenze di semplificazione. Non a caso sono stati modificati i *quorum* costitutivi della assemblea, sia in prima che in seconda convocazione. Nel primo caso, l'attuale art. 1136 co. 1 c.c., prevede, ai fini della regolare costituzione, il dato della sufficienza della sola maggioranza dei partecipanti e non più dei 2/3. Resta invece invariato il dato numerico relativo alle quote di partecipazione. Nel secondo caso, invece, il legislatore, all'art. 1136 co. 3 c.c., riduce il dato numerico rela-

tivo alle quote di partecipazione (1/3 e non più 2/3), fermo restando quello relativo al numero dei partecipanti (maggioranza). Quanto poi ai *quorum* deliberativi, la norma stabilisce che sono valide le deliberazioni approvate con un numero di voti che rappresenti la maggioranza degli intervenuti e almeno la metà del valore dell'edificio. A tali *quorum* devono rispondere, ad esempio, le delibere aventi ad oggetto interventi di carattere straordinario (tutela dell'edificio, innovazioni settoriali, impianti di videosorveglianza). Il *quorum*, invece, si alza dalla metà ai 2/3 del valore dell'edificio per le innovazioni volte al miglioramento dell'uso del bene comune. Anche in queste ipotesi la novella prevede una riduzione dei *quorum* in seconda convocazione (è sufficiente 1/3 del valore dell'edificio). Il Legislatore richiede, però, l'unanimità quando si tratti di costituzione di diritti reali o di iscrizioni di ipoteche su beni comuni, ovvero di alienazione del bene o di estinzione della comunione (art. 1119 c.c.).

La disciplina sul condominio di edifici, almeno secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale, trova applicazione anche nel caso di cd "condominio minimo", cioè di condominio composto da due soli partecipanti (Rocco Galli, *Appunti di diritto civile*, Cedam, 2008). A tal proposito, nessuna norma impedisce che l'assemblea, nel caso di specie, si costituisca validamente con la presenza di tutti e due i condomini e all'unanimità decida validamente. Non è necessario, infatti, operare sempre e comunque con il metodo collegiale e con il principio maggioritario. Peraltro, "se non si raggiunge l'unanimità e non si decide, poiché la maggioranza non può formarsi in concreto diventa necessario ricorrere all'autorità giudiziaria, ai sensi del collegato disposto degli artt. 1105 e 1139 c.c." (S.U. 2046/2006).

Resta pur sempre da verificare se, nella fattispecie specifica, ricorra un'ipotesi di comunione o condominio. A tal proposito, il condominio si instaura sul fondamento della relazione di accessorietà tra le cose, gli impianti ed i servizi rispetto ai piani o le porzioni di piano in proprietà esclusiva. Quando, invece, i beni in comune non si trovino in rapporto di accessorietà rispetto a quelli in titolarità esclusiva e, quindi, non assolvano alla funzione strumentale di assicurare un migliore livello di utilizzazione e godimento, a trovare applicazione saranno le regole sulla comunione.

Nel caso poi di complessi immobiliari che comprendono più edifici ed hanno beni, servizi e aree comuni (quali, ad esempio, viali, piscine, recinzioni, giardino comune, cortile) è rimesso all'autonomia privata decidere se dare luogo alla formazione di un unico condominio (cd. "orizzontale"), oppure affiancare ai singoli condomini, distinti per ciascun edificio, per i beni o servizi comuni, il cd "supercondominio", con un proprio regolamento che ne disciplina uso e gestione.

È questa una figura di creazione giurisprudenziale che ha suscitato notevoli difficoltà di inquadramento nell'ambito della disciplina vigente. I profili di maggiore criticità hanno riguardato, per un verso, la natura giuridica, e, per altro, le modalità di partecipazione al supercondominio.

Se, però, quest'ultimo profilo deve ritenersi risolto per effetto della introduzione, operata dalla novella del 2012, dell'art. 67 co. 3 disp. att. c.c., che prevede una disciplina specifica in tal senso, il problema della natura giuridica è tutt'oggi aperto. Ed anche qui, come per il condominio minimo, la Corte di Cassazione, ricorre al criterio ermeneutico della verifica del rapporto di accessorietà. Detto ciò, secondo la tesi prevalente al supercondominio sono applicabili le norme in materia di condominio in relazione a quelle parti comuni, strutturalmente e funzionalmente connesse con le singole proprietà individuali e caratterizzate da un rapporto di accessorietà necessaria con queste ultime, rendendone

possibile l'esistenza stessa o l'uso (come per esempio le portinerie, le reti viarie interne, gli impianti di servizi idraulici o energetici). Si deve ricorrere, invece, alle diverse disposizioni dettate in materia di comunione ordinaria, con riferimento a quei beni relativamente ai quali un tale legame strutturale e funzionale non è ravvisabile o è più tenue, in quanto beni non essenziali o addirittura "voluttuari" (ad esempio la piscina).

La propensione, tuttavia, a ritenere applicabile il regime giuridico in materia di condominio emerge dalla stessa lettera della norma. A tal proposito il nuovo art. 1117 *bis* c.c. stabilisce che le "disposizioni in materia di condominio negli edifici si applicano, in quanto compatibili, in tutti i casi in cui più unità immobiliari o più edifici, ovvero più condomini, abbiano parti comuni ai sensi dell'art. 1117 c.c.". L'elencazione contenuta in quest'ultimo articolo, per quanto non tassativa, costituisce un valido criterio orientativo per l'interprete che intenda verificare, nella fattispecie, la disciplina giuridica applicabile. Basti, a tal proposito, considerare che sono beni comuni tutti quelli previsti all'art. 1117 c.c., salvo che il contrario non risulti dal titolo. Il novero di tali beni è stato, peraltro, significativamente ampliato dal Legislatore della novella; sia per quanto riguarda i beni cd "necessari" (ad esempio aree destinate a parcheggio e sottotetti, quando sono destinati, per le loro caratteristiche, all'uso collettivo), sia per quelli cd "non necessari" (ad esempio i sistemi di condizionamento d'aria).

Stesso discorso non è stato fatto, invece, né con riferimento al condominio minimo, né con riferimento al condominio cd "parziale". Quest'ultimo, in particolare, ricorre tutte le volte in cui un bene risulti, per obiettive caratteristiche strutturali e funzionali, destinato al servizio e/o godimento in modo esclusivo di una parte soltanto dell'edificio in condominio. Il riferimento normativo andrebbe qui rinvenuto non soltanto nell'art. 1123 c.c., che fa riferimento a quei beni che sono al servizio esclusivo del singolo piano o al singolo immobile situato sul piano, ma anche ad altre norme. Si pensi all'ipotesi in cui l'edificio condominiale sia costituito da più ascensori o scale; è chiaro qui alla relativa manutenzione devono provvedere i condomini che ad essi fan capo.

Si discute della possibilità, per il condominio parziale, di ritagliarsi uno spazio autonomo, sia pur minimo, all'interno del condominio generale. La questione, dunque, riguarda la possibilità per i condomini, che parzialmente si servano del bene, di poter, a loro volta, nominare un amministratore, avere una propria assemblea deliberativa e gestire tali beni (un vero e proprio "condominio nel condominio"). Secondo la tesi maggioritaria, tale ipotesi deve essere esclusa poiché, per aversi condominio parziale, è necessario apposito titolo che effettivamente operi la destinazione di tali beni alla utilizzazione e godimento soltanto di alcuni immobili. Si pensi, ad esempio, agli edifici che presentino una loro autonomia, perché hanno una propria scala di accesso e ascensore; in questo caso è possibile la separazione e la creazione di un condominio separato rispetto a quello generale. Il fatto che comunque il legislatore abbia considerato il solo aspetto della diversità di spese per la manutenzione senza, ad esempio, fissare un *quorum* deliberativo differenziato per questi condomini separati, fa pensare alla mancanza della volontà di creare tale condominio parziale.

La novella del 2012 si è occupata anche delle delibere assembleari. Invero, le modifiche di maggiore impatto numerico hanno interessato, per un verso, i *quorum* (costitutivi e deliberativi) richiesti e, per altro, il sindacato giurisdizionale. La previsione, tuttavia, di nuovi limiti nell'esercizio del potere deliberativo ha riaperto il dibattito sulla derogabilità o meno, da parte dell'organo assembleare, di norme di leggi o di convenzioni che riconoscono ai condomini posizioni di diritto. Il problema si intreccia con

quello della validità delle delibere assembleari. È, dunque, opportuno, in via preliminare, sviluppare la problematica di diritto sostanziale per poi cogliere gli aspetti più significativi della riforma in punto di sindacato giurisdizionale.

Va, *in primis*, segnalata la conferma, sia pure indiretta, dell'annullabilità come vizio proprio delle delibere assembleari (sulla natura giuridica delle delibere vedi Rocco Galli, *Appunti di diritto civile*, Cedam, 2008). E non a caso la norma parla espressamente di annullamento. Ciò consente di superare il dibattito giurisprudenziale sviluppatosi sul punto. Del resto lo spartiacque tra nullità ed annullabilità delle delibere era stato già ben definito dalla Cassazione a Sezioni Unite nella famosa sentenza 4806/2005 (per un approfondimento sul punto, Rocco Galli, *Appunti di diritto civile*, cit.). In particolare possono considerarsi nulle solo le delibere condominiali prive degli elementi essenziali (ad esempio manca l'indicazione dei nominativi dei presenti in assemblea e dei rispettivi millesimi o dei votanti), quelle che incidono sui diritti individuali (ad esempio si disciplina l'utilizzo di un bene che in realtà è in proprietà esclusiva), quelle con oggetto impossibile o illecito (ad esempio si delibera l'acquisto di opere di abuso edilizio), o con oggetto che esorbita dalle competenze dell'assemblea.

Sono, viceversa, annullabili le delibere che presentano vizi relativi alla regolare costituzione dell'assemblea (ad esempio non si raggiunge il numero minimo di partecipanti) o quelle affette da vizi formali, inerenti alla regolarità nel procedimento di convocazione (S.U. 4806/2005 e, più recentemente, Cass. 3586/2013; Cass. 1439/2014; Trib. Torino 2396/2014).

Particolare è il caso delle delibere assembleari riguardanti la ripartizione delle spese condominiali: esse sono nulle se l'assemblea deliberatamente utilizza criteri diversi da quelli previsti dalla legge o dal regolamento condominiale. Sono, invece, annullabili se, per errore, utilizzano come criterio di ripartizione quello previsto dalla legge invece di attenersi al regolamento condominiale (Cass. 1439/2014). La categoria patologica della nullità ha, dunque, assunto carattere residuale.

Detto ciò, il legislatore della novella ha introdotto l'art. 1138, co. 5, c.c. secondo cui la delibera di approvazione del regolamento non può avere ad oggetto il divieto di possedere o detenere animali domestici. Tale previsione si aggiunge a quella contenuta nel comma precedente che pone lo stesso divieto in relazione alle delibere incidenti sulle posizioni di diritto riconosciute al condomino dalla legge, dal contratto d'acquisto o da specifiche convenzioni. In entrambi i casi, si pone il problema del limite alla cd autodisciplina condominiale: ci si chiede, cioè, fino a che punto la volontà della maggioranza ovvero della totalità dei partecipanti al condominio possa superare posizioni di diritto riconosciute dalla legge o dalla convenzione.

Il problema è stato affrontato dalla giurisprudenza, soprattutto, in relazione al tema della derogabilità o meno della norma che riconosce al condomino il diritto di usare al meglio il bene comune. Alla luce della nuova previsione normativa in materia di animali domestici si è posta, altresì, la questione della sua derogabilità da parte della totalità dei partecipanti all'assemblea.

La formazione del regolamento è normalmente affidata agli stessi condomini che esprimono la loro volontà all'interno dell'assemblea; vengono qui assunte le decisioni più importanti sulla gestione delle cose comuni. Ad operare è il principio maggioritario. Ma il regolamento può essere predisposto anche dall'unico proprietario dell'intero edificio che ne richiede poi l'approvazione in occasione della stipulazione dei singoli contratti di vendita delle unità immobiliari (che via via compongono il condominio). Un re-

golamento, quest'ultimo, qualificabile come "esterno", per distinguerlo da quello approvato dall'assemblea dei condomini che è, dunque, "interno". Quanto poi alla natura giuridica delle clausole, si è precisato che la distinzione tra natura contrattuale o meramente regolamentare vada effettuata avendo riguardo al contenuto delle stesse e non alla circostanza accidentale che esse siano state o meno approvate all'unanimità.

Detto ciò, occorre dare conto della evoluzione giurisprudenziale sviluppatasi sul tema della derogabilità o meno di norme, *ex lege* o *ex contractu*, attributive di diritti, distinguendo a seconda che trattasi di uso di cosa propria ovvero di uso di cosa comune.

Ebbene, in nessun caso l'assemblea può disporre dei diritti individuali che sono nella disponibilità esclusiva del solo titolare ed in tal senso è proprio l'art. 1138 co. 4 c.c. a segnare i confini entro cui può muoversi la c.d. autodisciplina condominiale. Qui il regime di inderogabilità troverà piena applicazione nel senso che potrà operare non soltanto per i regolamenti approvati a maggioranza, e per quelli contrattuali, formati con il consenso di tutti i condomini, ma anche per quelli approvati all'unanimità, con conseguente nullità della delibera. Tale impostazione è costantemente ripetuta in giurisprudenza con riferimento alle limitazioni all'uso delle unità immobiliari in proprietà esclusiva.

Quanto poi all'uso di beni comuni, occorre distinguere a seconda che trattasi di uso generalizzato o di uso specifico. In relazione alla prima ipotesi, è principio consolidato che solo i regolamenti contrattuali possono incidere sulla sfera dei diritti soggettivi dei singoli condomini. Quelli non contrattuali, invece, non possono menomare il diritto del condomino di servirsi della cosa comune e di apportarvi le modifiche eventualmente necessarie per il migliore godimento, alla sola condizione di non alterarne la destinazione e di non impedire agli altri partecipanti di farne parimenti uso (Cass. 10895/92; Cass. 1600/75; Cass. 1680/75). Invero, i regolamenti approvati dall'assemblea con le maggioranze previste sono destinati unicamente a disciplinare le modalità d'uso delle cose comuni e, in genere, l'organizzazione e il funzionamento dei servizi condominiali. La norma può essere, dunque, derogata tutte le volte in cui la volontà della maggioranza dei partecipanti all'assemblea sia nel senso di vietare l'uso specifico del bene comune (con i *quorum* prescritti dalla legge). La norma ha carattere sussidiario e può essere applicata solo in assenza di espressa regolamentazione condominiale. È quanto ribadito dalla Cassazione in una recente sentenza (Cass. 27233/2013) che, in applicazione di tali principi, ha escluso la nullità della delibera avente ad oggetto il divieto di aprire nuovi accessi nel muro comune.

Resta da capire se la volontà unanime dei partecipanti all'assemblea possa superare la norma di divieto posta all'art. 1138 co. 5 c.c.. Ebbene, una sentenza della Cassazione, intervenuta prima della novella, ha, in applicazione dell'art. 1138 co. 4 c.c., dichiarato nulla la clausola regolamentare diretta a vietare di tenere animali domestici negli appartamenti; secondo la corte tale divieto determina una inaccettabile limitazione del diritto sulla porzione in proprietà esclusiva del condomino. Si tratta di diritti individuali che non possono essere incisi dalla maggioranza assembleare ma che possono essere abdicati dai rispettivi titolari attraverso apposite convenzioni negoziali con cui si aderisce al regolamento condominiale.

È possibile applicare questi principi anche alla luce della novella? A tal proposito è evidente che laddove si intendesse considerare la norma di nuova introduzione come doppiata di quella contenuta nel comma precedente, troverebbero applicazione gli stessi principi elaborati sul punto dalla giurisprudenza, con conseguente operatività del re-

gime di inderogabilità totale. Non sembra, però, questa la soluzione più corretta sul piano tecnico giuridico. La norma parla, infatti, di possesso e di detenzione e non già di proprietà. Non siamo qui in presenza di un diritto ma di una posizione di fatto per quanto giuridicamente tutelata. Ecco perché non possono trovare applicazione i principi elaborati dalla giurisprudenza in materia di uso della cosa in proprietà esclusiva. In definitiva, la portata precettiva della norma non sembra estendersi anche alla ipotesi di delibera approvata all'unanimità, con la conseguenza che questa potrà avere ad oggetto il divieto di possedere o detenere animali domestici.

Il principio maggioritario attorno al quale fa perno la formazione della volontà assembleare trova il proprio ideale completamento nelle norme di carattere processuale che il Legislatore della riforma ha rimodellato sulla scorta delle elaborazioni giurisprudenziali. Questo, per un verso, conferma il principio di obbligatorietà per tutti i condomini delle delibere conformi alla legge e al regolamento *ex art. 1137, co. 1 c.c. e*, per altro verso, nelle disposizioni successive, introduce significative novità sui modi e sui tempi per opporvisi.

Tutti i condomini che non hanno votato in maniera conforme alla delibera sono legittimati ad impugnarla dinanzi alla autorità giudiziaria. Indipendentemente dalla loro presenza o assenza in assemblea (del condominio o supercondominio) o dal voto di astensione (prima erano esclusi gli astenuti). L'atto di citazione (e non più il ricorso) va presentato nel termine perentorio di trenta giorni decorrente dalla approvazione della delibera (per i dissenzienti o astenuti) e dalla data di comunicazione della stessa per gli assenti. Tra i soggetti legittimati alla iniziativa processuale rientrano poi, per un verso, l'usufruttuario della singola unità abitativa (che può ad esempio impugnare le delibere aventi ad oggetto la ripartizione delle spese di manutenzione ordinaria) e, per altro, il conduttore (che può ad esempio impugnare la delibera assunta nella particolare materia dei servizi di riscaldamento e di condizionamento d'aria). Legittimato attivo è, infine, l'acquirente della singola unità abitativa che abbia concluso l'operazione dopo la delibera, a condizione tuttavia che non sia ancora decorso il termine per la impugnativa della stessa. L'alienante potrà eventualmente far valere le sue ragioni attraverso l'acquirente. Il giudice può sospendere l'efficacia della delibera impugnata. L'istanza sospensiva è oggi del tutto autonoma rispetto all'atto di impugnazione mentre in precedenza veniva proposto o con lo stesso ricorso introduttivo o successivamente nel giudizio di merito. Essa ha natura cautelare anche perché il legislatore richiama la disciplina del rito cautelare uniforme. Tale estensione consente di risolvere, in senso positivo, il problema della eventuale reclamabilità del provvedimento sospensivo, mentre prima la questione era controversa. Alla luce delle novità introdotte dalla novella, sembra, infine, doversi escludere il ricorso al provvedimento d'urgenza per la sospensione della delibera. L'istanza va presentata dinanzi al tribunale anche nel caso in cui il giudizio di merito dovesse proporsi dinanzi al giudice di pace. Il giudice si pronuncia con ordinanza sentite le parti; in caso di urgenza, può provvedere con decreto *inaudita altera parte* fissando entro 15 giorni udienza per la conferma, modifica o revoca del provvedimento; lo stesso può eventualmente modificare il provvedimento se sopravvengono nuove circostanze; il provvedimento è reclamabile; l'istanza cautelare può essere sempre riproposta.

Nulla dice la riforma sul rapporto tra mediazione e giudizio di impugnazione delle delibere. Tema assai delicato riguarda, invece, il rapporto tra giudizio di impugnazione della delibera assembleare, che approvi lo stato di ripartizione delle spese, e giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo che sia stato richiesto ed ottenuto dall'amministratore

nei confronti del condomino per il pagamento delle spese. Secondo la Corte di Cassazione, il giudice non può sospendere il giudizio di opposizione in attesa della definizione del giudizio sulla validità della delibera ed il condomino opponente non può fare questioni attinenti alla validità della delibera ma solo alla efficacia. La delibera è titolo di credito del condominio e di per sé prova l'esistenza di tale credito e legittima la condanna al pagamento delle somme in base all'art. 63 disp. att. c.c..

La novella del 2012 ha dedicato particolare attenzione alla figura dell'amministratore di condominio. A tal proposito sono state introdotte significative novità concernenti sia il profilo statico dell'incarico (nomina, revoca, requisiti soggettivi, durata, obblighi) che quello dinamico della attività (attribuzioni, *prorogatio imperii*). La novella ha, invece, soltanto lambito il tema della rappresentanza sostanziale e processuale che, però, visto le notevoli implicazioni che presenta, merita adeguato approfondimento. Le norme di riferimento sono gli artt. 1129, 1130, 1130 *bis*, 1131 e 1132 c.c. in combinato disposto con gli artt. 63, 64, 65, 66, 67, 69 co. 2 e 3, 71 *bis* e 71 *ter* disp. att. c.c..

Nei condomini con almeno nove partecipanti (e non più cinque) l'assemblea deve nominare un amministratore (sia persona fisica che giuridica); in assenza di nomina, la gestione autonoma dei singoli condomini potrà essere superata dalla nomina giudiziale che ha carattere sussidiario e non determina, una volta intervenuta, la modifica del rapporto. L'amministratore, cioè, non diventa un ausiliario del giudice (Cass. 16698/2014).

Non è esclusa, comunque, la possibilità di nominare l'amministratore anche in condomini con otto o meno partecipanti. In questo caso, troverà integrale applicazione la disciplina sul condominio. Quanto alla nomina di amministratore di supercondominio la legge attualmente distingue a seconda che il numero di partecipanti sia superiore o inferiore a sessanta. Mentre nel primo caso la nomina è deliberata dai rappresentanti dei singoli condomini, nel secondo caso dall'insieme dei partecipanti (salva diversa disposizione nel regolamento condominiale).

La nuova disciplina normativa si lascia, inoltre, apprezzare per una più compiuta definizione del processo di costituzione del rapporto tra condominio ed amministratore. Vengono, in tal senso, distinte la fase formativa della volontà contrattuale, che culmina con la delibera assembleare di nomina, e la fase conclusiva del contratto, che culmina con la accettazione da parte dell'amministratore dell'incarico. E non è un caso che l'amministratore, contestualmente alla accettazione, sia poi tenuto a fornire, oltretutto i dati anagrafici e professionali, anche quelli relativi alla propria reperibilità (affissione sulla porta di accesso della c.d. "targa" dell'amministratore) ed al proprio compenso (in quest'ultimo caso, a pena di nullità: la *ratio* è quella di scongiurare richieste aggiuntive di denaro per l'espletamento di compiti e funzioni non concordati). L'assemblea, inoltre, deve anche subordinare la nomina e, quindi, il perfezionamento del contratto alla stipulazione di una polizza assicurativa per la responsabilità civile in relazione agli atti compiuti nell'esercizio del mandato. È importante il perfezionamento del contratto perché segna non soltanto il momento di inizio della attività, ma anche il termine di durata del rapporto.

Ci si interroga poi sulla natura di tale rapporto. Ebbene, il legislatore della novella, aderendo all'orientamento maggioritario, sviluppatosi in dottrina (Gazzoni) e giurisprudenza (S.U. 9148/2008), e fondato sul presupposto secondo cui il condominio sarebbe un ente di gestione privo di personalità giuridica, ha inteso qualificare l'amministratore (ovvero il rappresentante) di condominio come mandatario con rappresentanza dei singoli condomini (la molteplicità di interessi pubblici e privati affidati oramai alla cura

dell'amministratore ha spinto, invece, autorevole dottrina ad ipotizzare l'esistenza di un contratto atipico che, per quanto strutturato sul mandato, ne dilata sensibilmente i confini: c.d. "contratto di amministrazione condominiale"). La legge, infine, non indica quali possano essere le conseguenze per l'ipotesi di mancata nomina dell'amministratore. A parte la necessità di garantire il rispetto, sia pur minimo, delle regole sulla amministrazione, è previsto che, in mancanza di amministratore, vadano affisse, nei luoghi di accesso al condominio, le informazioni utili per reperire colui che svolga funzioni analoghe all'amministratore.

Il legislatore della novella si segnala, altresì, per avere introdotto una serie articolata di requisiti soggettivi per l'assunzione dell'ufficio.

Si distingue qui tra requisiti di onorabilità e requisiti di professionalità. I primi vengono individuati nel godimento dei diritti civili, nella assenza di condanne penali (per i delitti previsti dalla norma), nella assenza di misure di prevenzione divenute definitive (salvo riabilitazione), nella assenza di provvedimenti di interdizione o inabilitazione e nella non comparizione del proprio nome nell'elenco dei protesti cambiari.

Sono requisiti di professionalità, invece, il titolo di studio (diploma di scuola secondaria di secondo grado) e la formazione iniziale. Tali ultimi requisiti non sono tuttavia richiesti se l'amministratore venga nominato tra gli stessi condomini dello stabile o se, pur esterno, abbia svolto la medesima attività per almeno un anno nei tre anni precedenti l'entrata in vigore della norma (fermo restando la formazione periodica). In caso di gestione collettiva, la sussistenza di tali requisiti va verificata in capo ai soci illimitatamente responsabili, agli amministratori ed ai dipendenti incaricati di svolgere specifiche funzioni gestorie (del condominio). È evidente che la mancanza di tali requisiti soggettivi impedisce la costituzione del rapporto. I criteri e le modalità della formazione iniziale, in particolare, sono stati specificati con decreto ministeriale (D.M. 140/2014) che affida la organizzazione dei corsi di formazione ai c.d. Responsabili scientifici, dotati di particolari requisiti di onorabilità e professionalità. Ad essi, spetta, inoltre, il compito di verificare la sussistenza degli stessi requisiti in capo ai singoli formatori.

In particolare, i corsi di formazione iniziale, necessari per la abilitazione, devono durare almeno 72 ore (di cui 48 di teoria e 24 di esercitazione pratica) mentre quelli di aggiornamento periodico annuale per tutti gli amministratori devono durare almeno 15 ore. Sono oggetto di formazione le materie giuridiche, fiscali e tecniche, che l'amministratore deve necessariamente conoscere (si pensi alla sicurezza degli edifici). In via convenzionale, possono essere previste ore aggiuntive rispetto a quelle espressamente previste per il corso di formazione nonché materie ulteriori rispetto a quelle espressamente individuate. Un contributo significativo al processo di professionalizzazione è stato poi offerto dalla legge sulle c.d. "professioni non organizzate" (l. 4/2013). Sono tali quelle attività prevalentemente intellettuali volte alla prestazione di servizi e di opere a favore di terzi anche se non organizzate in ordini o collegi. In tale categoria rientra senza dubbio anche l'amministratore di condominio (ma anche quelle ad esempio di tributarista, di consulente fiscale, di urbanista, di consulente legale in materia stragiudiziale ecc.). Con esclusione dunque delle professioni che richiedono apposita iscrizione in albi o elenchi (avvocati, commercialisti ecc.), per i quali continuerà ad operare la disciplina specifica di settore anche laddove dovessero cumularsi le due professioni: quella propria e quella di amministratore.

La normativa dell'ultimo biennio sembra insomma connotare in termini marcatamente professionali l'ufficio di amministratore.

Di qui l'esigenza di riconsiderare i rapporti tra amministratore/professionista e condominio/consumatore. Sembrano, infatti, lontanissimi i tempi in cui la giurisprudenza di legittimità e di merito (Cass. 452/2005; Trib. Bari 2008) riteneva applicabile, per il caso di contratto stipulato dall'amministratore/mandatario con il terzo professionista, la disciplina in materia consumeristica, a tutela ovviamente dei condomini/mandanti. Oggi, alla luce dello sviluppo normativo delineatosi negli ultimi anni e del processo di professionalizzazione di cui si è dato conto, lo scenario deve ritenersi completamente ribaltato, con notevoli implicazioni sia in punto di tutela dei condomini/mandanti, specie nei confronti dell'amministratore professionista/mandatario, sia di carattere sociale, visto il destino oramai segnato dei c.d. piccoli amministratori di condominio (sostituiti dai grandi amministratori sempre più qualificati), sia, infine, di carattere funzionale, venendo meno quel carattere fiduciario e personale che da sempre caratterizzava il rapporto tra condomini e piccoli amministratori.

La novella si è anche preoccupata di ampliare il novero degli obblighi spettanti all'amministratore. Vengono, invece, confermate le attribuzioni di carattere esecutivo, amministrativo e conservativo già previste precedentemente. L'elencazione contenuta nell'art. 1130 c.c. non presenta tuttavia il carattere della tassatività.

Gli atti esecutivi, amministrativi e conservativi posti in essere dall'amministratore sono, sia pure nei limiti segnati dalla legge o dal mandato, perfettamente efficaci e vincolanti per il condominio (rappresentanza sostanziale). Ne è, tuttavia, consentito il sindacato (dinanzi all'assemblea o al giudice).

L'esercizio della attività esecutiva risponde alla esigenza di dare seguito alla volontà espressa dai condomini. A tal proposito la norma riconosce all'amministratore il potere/dovere, per un verso, di dare esecuzione alle delibere assembleari e, per altro, di curare l'osservanza delle disposizioni regolamentari; unico elemento di novità rispetto alla vecchia formulazione della norma è la previsione dell'obbligo di convocazione annuale dell'assemblea per l'approvazione del rendiconto condominiale. Secondo una parte della dottrina esisterebbe in capo all'amministratore un potere/dovere di controllo sulla validità delle delibere (cui dare poi esecuzione). Controllo che andrebbe esercitato però sulle sole delibere nulle (con possibilità di convocare l'assemblea affinché provveda a rimuovere il vizio). La violazione delle disposizioni regolamentari da parte dei condomini trasgressori non conduttori può comportare poi la irrogazione di sanzioni pecuniarie (con devoluzione delle relative somme al fondo comune) in base all'art. 70 disp. att. c.c.. Questo strumento si aggiunge a quelli più blandi dell'invito e della penalità. Pronunce recenti hanno tuttavia riconosciuto all'amministratore anche un potere di iniziativa processuale (Cass. 10347/2011).

L'esercizio della attività amministrativa risponde, invece, alla esigenza di salvaguardare l'interesse comune. A tal fine, l'art. 1130 c.c. riconosce all'amministratore il potere di vigilare sul corretto uso delle parti comuni e sulla corretta fruizione dei servizi comuni nonché quello di riscuotere i contributi ed erogare le spese occorrenti per la manutenzione ordinaria delle medesime parti e per l'esercizio dei medesimi servizi. Nell'esercizio di tali poteri l'amministratore gode di una certa autonomia rispetto alla assemblea. L'esercizio dei poteri di vigilanza consente poi all'amministratore di accedere, *sua sponte*, ai beni comuni e a quelli in proprietà individuale per rimuovere eventuali ostacoli al godimento paritario e di disporre, nei confronti dei condomini morosi, la sospensione della fruizione dei servizi comuni suscettibili di godimento separato. L'esercizio dei poteri gestori pone, poi, l'amministratore a contatto diretto non solo con i condomini ma anche con i terzi. In-

vero, mentre la riscossione dei contributi attiene al rapporto interno con i condomini, la erogazione delle spese riguarda quello esterno con i terzi.

Le due attività sono svolte dall'amministratore (quello "unico" nel caso di supercondominio) sulla base di un preventivo annuale che indichi, da un lato, la destinazione dei fondi e, dall'altro, la misura dei contributi di ciascun condomino. Il preventivo viene poi sottoposto al vaglio della assemblea la cui determinazione è decisiva ai fini della attivazione dei poteri dell'amministratore. Questi, infatti, sulla sola base della delibera di approvazione, potrà sia procedere alla erogazione delle spese che agire nei confronti del condomino inadempiente senza bisogno di preventiva autorizzazione. Gli aspetti di maggiore criticità hanno qui riguardato i profili, rispettivamente, della imputabilità dei contributi condominiali e dei limiti nell'erogazione della spesa.

Il primo problema si è posto in relazione ai titolari di diritti personali o reali di godimento sulle singole unità immobiliari. La soluzione, però non, è omogenea nell'una e nell'altra ipotesi. Dal novero dei soggetti passivi va escluso il solo conduttore; questi infatti non ha alcun rapporto con l'amministratore (ma con il solo locatore). Tra i soggetti tenuti a versare i contributi condominiali rientra, invece, l'usufruttuario. La novella ne ha infatti valorizzato il ruolo partecipativo all'interno del condominio sia nelle scelte dell'organo assembleare riguardanti la manutenzione ordinaria, sia nelle spese per la manutenzione dei beni comuni *ex art. 67 disp. att. c.c.* (il nudo proprietario e l'usufruttuario rispondono solidalmente per il pagamento dei contributi dovuti alla amministrazione condominiale).

L'amministratore poi entra in contatto diretto con i terzi ogniqualvolta si presenti la necessità di commissionare lavori di manutenzione ordinaria. E qui gode di piena autonomia decisionale rispetto alla assemblea. Ci si chiede, però, fino a che punto possa spingersi tale potere di iniziativa.

La questione è stata affrontata dalla giurisprudenza che sul punto si è però mostrata ondivaga: per un verso ha, infatti, riconosciuto all'amministratore il potere di impegnare contrattualmente il condominio, come nel caso di stipulazione del contratto di conto corrente bancario intestato al condominio (Cass. 7162/2012), per altro verso, lo ha, invece, escluso in assenza di previa autorizzazione assembleare, come nelle ipotesi di contratto di assicurazione o di manutenzione aventi ad oggetto l'intero edificio o singole parti di esso ovvero di transazione in relazione a specifiche liti interne al condominio. L'amministratore, dunque, non gode di un potere generale di spesa, che spetta esclusivamente alla assemblea; tanto ciò è vero che, in assenza di apposita delibera, egli non può esigere il rimborso delle anticipazioni da lui fatte (in questo caso infatti la disciplina sulle anticipazioni, prevista in materia di mandato, va coordinata con quella sulla esigibilità del credito dell'amministratore prevista in materia di condominio: Cass. 18084/2014), salvo che non sia intervenuto l'atto di approvazione del rendiconto consuntivo da parte dell'assemblea. Tale atto ha, infatti, valore di riconoscimento del debito e legittima l'amministratore a chiedere il rimborso in via giudiziaria. In situazioni di particolare urgenza, tuttavia, l'amministratore può procedere direttamente alla erogazione della spesa *ex art. 1135 c.c.*. Se è vero, infatti, che gli interventi di manutenzione straordinaria sono di competenza dell'assemblea, tenuta a costituire un fondo speciale di importo pari all'ammontare dei lavori *ex art. 1135, co. 1, n. 4 c.c.* (salvo che non sia contrattualmente previsto un pagamento graduale degli stessi), è altrettanto vero che l'amministratore può disporli, senza preventiva deliberazione assembleare, quando rivestano carattere di particolare urgenza (dandone poi conto in seno alla prima assemblea

utile). L'esercizio di tali attività implica, peraltro, la raccolta, registrazione, conservazione, elaborazione e selezione da parte dell'amministratore delle informazioni concernenti le posizioni individuali dei singoli partecipanti al condominio. In tale contesto, ragioni di buon andamento e di trasparenza giustificano una comunicazione di questi dati a tutti i condomini, non solo su iniziativa dell'amministratore ma anche su richiesta di ciascun condomino senza che si renda necessario il consenso dell'interessato purché comunicazione e diffusione si mantengano all'interno del condominio. A tal fine, è posto a carico dell'amministratore il dovere di "adottare le opportune cautele per evitare l'accesso a quei dati da parte di persone estranee al condominio" (Cass. 1593/2013).

L'amministratore, infine, può farsi sostituire nell'esercizio di tale attività soltanto previa autorizzazione assembleare. Qualora ciò non avvenga egli risponderà dell'operato del sostituto in base alle norme sul mandato (secondo Cass. 8339/2014 non rileva che la "sostituzione sia conforme ad una prassi nota ai condomini; fatto questo che non esprime la volontà dell'assemblea"). L'esercizio dell'attività conservativa risponde, infine, alla esigenza di salvaguardare il bene comune.

L'esercizio dell'attività conservativa, infine, risponde all'esigenza di salvaguardare l'integrità del bene comune. La novella si segnala qui per avere eliminato dal tessuto originario della norma il riferimento ai diritti: la norma attuale stabilisce che l'amministratore deve compiere gli atti conservativi relativi alle parti comuni dell'edificio. Si pensi al potere/dovere di impedire l'esecuzione di lavori incidenti negativamente sulla destinazione d'uso delle stesse. La proposta di intervento modificativo del condomino viene, in questi casi, portata al vaglio della assemblea che dovrà valutare il grado di compatibilità degli interventi proposti con l'interesse, rispettivamente, alla integrità delle parti comuni ed alla stabilità e sicurezza dell'edificio (art. 1117 *ter* c.c.).

L'amministratore è, inoltre, legittimato ad agire in giudizio sia contro i condomini che contro i terzi (rappresentanza processuale attiva). Il discorso si è posto, soprattutto, in relazione alla iniziativa processuale a salvaguardia delle parti comuni e di quelle in proprietà esclusiva.

Nel primo caso, il riferimento alle *res communes* e non più ai diritti, deve intendersi non solo alle parti comuni ma anche all'intero edificio condominiale considerato nella sua unitarietà: ecco perché l'amministratore è legittimato ad agire nei confronti del costruttore *ex art.* 1669 c.c. in caso di rovina dell'edificio, così come è legittimato ad agire con le azioni possessorie a tutela delle parti comuni dello stesso, oltreché in via cautelare, naturalmente. Per l'attivazione di quelle reali è, invece, necessaria la preventiva autorizzazione dell'assemblea. Egli può, inoltre, agire per conservare l'uso di un bene comune in modo conforme alla sua originaria destinazione ovvero impedirne l'utilizzo *ex art.* 700 c.p.c., per motivi di sicurezza. Vanno, infine, segnalate due importanti sentenze intervenute in materia.

Nella prima decisione (Cons. di St. 361/2013), il Consiglio di Stato ha confermato la legittimazione dell'amministratore ad impugnare le previsioni urbanistiche lesive della proprietà comune. Nell'altra sentenza (Cass. 19558/2013), la Corte di Cassazione ha escluso il potere di iniziativa processuale dell'amministratore del singolo condominio a salvaguardia delle parti comuni del supercondominio perché tale iniziativa deve pur sempre passare attraverso il vaglio della assemblea dei condomini.

Non c'è dubbio, però, che le difficoltà maggiori incontrate dalla giurisprudenza sul tema della legittimazione attiva hanno riguardato le parti in proprietà individuale e le relative pertinenze. Sul punto la Cassazione ha recentemente confermato l'orientamento

maggioritario secondo cui la legittimazione ad agire a tutela dei diritti esclusivi dei singoli condomini può trovare fondamento soltanto nel mandato conferito all'amministratore da ciascuno dei partecipanti (Cass. 12678/2014). Tale principio va, peraltro, esteso anche alle pertinenze delle singole unità abitative. A tal ultimo proposito va segnalata un'altra sentenza (Cass. 3393/2009) con cui la Corte di Cassazione ha escluso la legittimazione attiva dell'amministratore relativamente ad una controversia avente ad oggetto l'accertamento del vincolo di destinazione a parcheggio di appositi spazi in edificio di nuova costruzione. Tale legittimazione, secondo la Corte, spetta agli acquirenti ed anche all'amministratore, ma solo su espresso mandato.

L'amministratore è, infine, legittimato a costituirsi ed a impugnare sentenze sfavorevoli nei giudizi aventi ad oggetto le parti comuni dell'edificio (per un approfondimento sul punto, Rocco Galli, *Novità normative e giurisprudenziali*, Cedam 2012). Secondo l'orientamento giurisprudenziale largamente prevalente, la c.d. rappresentanza processuale dell'amministratore non incontrerebbe, dal lato passivo, limite alcuno quando la domanda proposta contro il condominio riguardi le parti comuni dell'edificio (Cass. 9093/2007). Altro orientamento minoritario, ha, invece, escluso la legittimazione passiva dell'amministratore nelle controversie non rientranti nell'art. 1131 co. 1 c.c.. In questi casi, dunque, la costituzione in giudizio (o l'impugnazione di sentenza sfavorevole) dell'amministratore dovrà necessariamente passare attraverso il filtro della assemblea. La Corte Suprema ha inteso, in questo modo, agganciare i criteri di delimitazione della legittimazione passiva a quelli previsti in materia di legittimazione attiva con la conseguenza che in questo caso l'eventuale attività processuale non autorizzata potrà essere salvata soltanto da un successivo atto di ratifica assembleare. Le Sezioni Unite (S.U. 18331/2010) hanno aderito a quest'ultimo orientamento. Spetta, soltanto, all'assemblea il potere di pianificare la strategia processuale nelle controversie non rientranti nell'art. 1131 co. 1 c.c.. Tale potere non può essere, invece, riconosciuto all'amministratore che è mero esecutore delle delibere assembleari. Dal suo eventuale esercizio potrebbe, infatti, scaturire un pregiudizio sia per il condominio (che in caso di soccombenza sarebbe tenuto a pagare le spese processuali) che per il singolo condomino (che vedrebbe frustrata la possibilità di dissentire in ordine alla lite).

La soluzione proposta dal massimo organo nomofilattico va evidentemente riconsiderata alla luce della novella del 2012, che ha notevolmente ampliato le attribuzioni dell'amministratore. Non è più possibile considerarlo mero esecutore delle delibere assembleari.

A parte ciò, va dato conto di una più recente giurisprudenza che sembra rispolverare l'orientamento prevalente. Va, in primo luogo, segnalata una sentenza (Cass. 28141/2013) della Corte di Cassazione che, chiamata a pronunciarsi su una questione di proprietà del sottotetto, ha avuto modo di specificare che la legittimazione dell'amministratore "ha carattere generale in quanto estesa ad ogni interesse condominiale, essendo la *ratio* della norma diretta ad evitare il gravoso onere a carico del terzo o del condomino, che intenda agire nei confronti del condominio, di evocare in giudizio tutti i condomini". In un'altra sentenza (Cass. 18168/2014), poi, la Cassazione ha sostenuto che "la legittimazione passiva nel giudizio avente ad oggetto il risarcimento dei danni derivanti dal cedimento di strutture condominiali spetta al condominio, in persona dell'amministratore, quale rappresentante di tutti i condomini obbligati".

Si è posto, poi, il problema della cumulabilità tra legittimazione passiva dell'amministratore e legittimazione passiva del singolo condomino. Secondo un primo orienta-

mento (Cass. 7300/2010), a ciascun condomino andrebbe riconosciuta la legittimazione a resistere in giudizio per la tutela della cosa comune. Verrebbe, in questo modo, a configurarsi una legittimazione passiva concorrente dell'amministratore e del singolo condomino (questi potrebbe ad esempio impugnare la sentenza sfavorevole non impugnata dall'amministratore).

Un secondo orientamento, invece, nega che possano ritenersi fungibili la legittimazione dell'amministratore e quella del singolo condomino, ricorrendo la prima quando la lite ha ad oggetto un interesse comune, la seconda quando è in discussione un interesse particolare del singolo. L'intervento del condomino nel giudizio di cui è parte l'amministratore, ed avente ad oggetto le parti comuni, avrebbe dunque la natura di intervento meramente adesivo. Le recenti modifiche introdotte dalla novella del 2012 sembrano dare credito a quest'ultimo orientamento. Dalle stesse emerge, infatti, la volontà del legislatore di riconoscere la legittimazione passiva al solo amministratore. Si pensi alle azioni previste dagli artt. 68 e 69 co. 2 e 3 disp. att.. In questi casi, può essere convenuto unicamente il condominio in persona dell'amministratore. Si pensi, altresì, al ricorso giudiziale per la nomina del rappresentante del condominio, che va notificato allo stesso amministratore.

Il novero degli obblighi a carico dell'amministratore è stato, come detto, ampliato dalla novella. Accanto a quelli previsti dalla norma di riferimento si collocano, infatti, quelli espressamente richiamati, nonché quelli aggiunti dal regolamento o dall'assemblea. Il meccanismo della doppia *relatio* (assente nella vecchia normativa) consente, ad esempio, di ricondurre in tale novero gli obblighi di adeguare il premio assicurativo ai nuovi rischi sopravvenuti e di far transitare le somme ricevute a qualunque titolo sul conto corrente intestato al condominio, nonché quelli di agire per la riscossione forzosa delle somme dovute dagli obbligati e di comunicare prontamente all'assemblea l'esorbitanza dai propri poteri e le iniziative processuali dei singoli condomini (aventi ad oggetto la revisione o rettifica delle tabelle millesimali). Per altro verso, la delibera assembleare può obbligare l'amministratore ad attivare un sito internet del condominio che consenta agli aventi diritto di avere conoscenza in formato digitale delle relative delibere. Ma può anche autorizzare lo stesso amministratore a partecipare a progetti di recupero del patrimonio edilizio ed ambientale della zona in cui il condominio è ubicato (art. 1135 co. 3 c.c.). Tra gli obblighi espressamente previsti dalla norma si segnalano poi quelli fiscali nonché quelli di tenuta, conservazione ed esibizione di documenti contabili ed amministrativi. Gli adempimenti fiscali in particolare hanno carattere essenzialmente dichiarativo. L'amministratore è, infatti, tenuto, per un verso, a dichiarare le rendite catastali percepite da ciascun condomino in relazione a beni comuni fruttiferi (e qui opererà come mandatario dei singoli condomini). E, per altro, ad operare le ritenute d'acconto sui pagamenti effettuati nell'anno dal condominio, compresi quelli aventi ad oggetto i suoi compensi (e qui opererà per conto dell'intero condominio). L'amministratore è, poi, tenuto a redigere il rendiconto condominiale annuale della gestione e convocare l'assemblea per la relativa approvazione entro centottanta giorni. Allo stesso viene riconosciuta valenza di strumento generale di verifica dell'attività complessiva dell'amministratore.

Ed è questa la ragione per cui le modalità di redazione devono essere tali da renderlo comprensibile ai condomini (specie in relazione ai profili più tecnici, contabili ed amministrativi). L'atto si compone di tre parti. Le prime due (registro di contabilità e epilogo finanziario) contengono il quadro complessivo e particolareggiato della situa-

zione contabile e finanziaria dell'intera gestione (con particolare riferimento alla erogazione delle spese sostenute, allo stato di ripartizione tra i partecipanti, all'indicazione dei contributi già riscossi, al saldo finale della gestione). L'ultima parte contiene, invece, una relazione sintetica sui fatti di rilievo verificatisi nel corso della gestione (c.d. nota sintetica esplicativa, che l'amministratore è obbligato a redigere). Infine, il controllo può essere esercitato da revisori contabili esterni o da organi collegiali interni al condominio (in quest'ultimo caso è necessario però che vi siano almeno dodici partecipanti), in entrambi in casi previa delibera assembleare di nomina, oppure attraverso la visione diretta di ciascun condomino, ed in ogni tempo, dei documenti contabili (con possibilità di estrarne copia). L'amministratore è poi tenuto a curare il registro di anagrafe condominiale. Questo deve contenere sia informazioni di carattere personale, relative cioè ai singoli condomini (generalità e dati anagrafici), sia informazioni di carattere pubblicistico, relative, cioè, alle singole unità immobiliari (dati catastali e norme di sicurezza). Ciò al fine di consentire una più facile ed immediata identificazione sia del soggetto passivo degli obblighi contributivi sia della disciplina pubblicistica applicabile. Alle medesime finalità risponde peraltro la norma che pone a carico dell'amministratore l'obbligo di conservare tutta la documentazione inerente alla propria gestione e riferibile sia al rapporto con i condomini che allo stato dell'edificio.

Sono, infine, previsti altri due registri obbligatori. Quello dei verbali delle assemblee, in cui sono annotate le eventuali mancate costituzioni dell'assemblea, le deliberazioni nonché le brevi dichiarazioni rese dai condomini, e quello di nomina e revoca di ciascun amministratore, in cui sono annotate le date di tali provvedimenti (assembleari o giudiziali). A tutti i documenti e a tutti i registri, contabili e non, deve essere garantita la massima conoscibilità ed accessibilità. La *ratio* è quella di consentire ai condomini, oltre al controllo effettivo, anche una partecipazione consapevole ed informata alla assemblea (Cass. 19799/2014). Infine, l'amministratore è obbligato a rilasciare al condomino che ne faccia richiesta attestazione relativa allo stato dei pagamenti degli oneri condominiali e delle eventuali liti in corso.

La cessazione dell'incarico di amministratore avviene solitamente per scadenza del termine o per sopraggiunta revoca. Meno frequenti sono le ipotesi di morte, inabilitazione ed interdizione, per le persone fisiche, ovvero di scioglimento e responsabilità (amministrativa), per quelle giuridiche. A tali ipotesi, va poi aggiunta quella delle dimissioni del soggetto interessato, in virtù della estensione della disciplina sul mandato, e della perdita dei requisiti di onorabilità.

L'art. 1129, co. 10, c.c. si occupa della durata dell'incarico. L'aspetto di maggiore innovazione non attiene tanto alla durata in sé, che resta pur sempre di un anno, salvo diverso termine stabilito convenzionalmente, a partire dal momento del perfezionamento del contratto, quanto al possibile rinnovo dello stesso "per eguale durata". Non può parlarsi qui di rinnovo tacito poiché la norma pone a carico dell'amministratore uscente tutta una serie di adempimenti sia di natura comunicativa che costitutiva. Si pensi alla convocazione della assemblea per la nomina del nuovo amministratore. L'espressione potrebbe avere un senso in tutte quelle ipotesi in cui l'assemblea non abbia la forza di deliberare la nomina del nuovo amministratore (perché ad esempio non raggiunge i *quorum*, costitutivi o deliberativi, richiesti). Detto altrimenti, l'incarico dell'amministratore uscente potrà ritenersi rinnovato ogniqualvolta, nonostante il passaggio assembleare, non si riesca a nominare un nuovo amministratore. Senza questo passaggio procedimentale verrebbe a configurarsi l'ipotesi della c.d. *prorogatio imperii* che si ha quando, alla

cessazione dell'incarico, l'amministratore è tenuto ad eseguire le attività urgenti al fine di evitare pregiudizi agli interessi comuni senza diritto ad ulteriori compensi. Tale *pro-rogatio* può essere evitata soltanto con una manifestazione di volontà contraria alla conservazione di tali poteri.

Altra modalità di cessazione è la revoca. A tal proposito, sono stati ampliati i poteri di iniziativa del singolo condomino sia all'interno del condomino, con l'attivazione di poteri di natura sollecitatoria ed eventualmente costitutiva, sia all'esterno, con l'attivazione di poteri di iniziativa processuale, del tutto indipendenti dai primi.

Il condomino può, in qualsiasi momento, chiedere all'amministratore la convocazione della assemblea con all'ordine del giorno la revoca del suo incarico, da deliberare con le maggioranze previste dall'art. 1129 c.c., e la contestuale nomina del successore. Si parla, in questo caso, di revoca assembleare. Non è, però, prevista alcuna conseguenza per il caso di inerzia o rifiuto dell'amministratore, salvo le ipotesi, rispettivamente, di inerzia prolungata e di rifiuto ripetuto, che il legislatore considera alla stregua di vere e proprie irregolarità, la cui gravità legittima l'iniziativa processuale del condomino interessato.

A parte ciò, talvolta, i singoli condomini possono provvedere direttamente alla convocazione della assemblea. Ciò è possibile quando a chiedere la convocazione siano almeno due condomini che rappresentino un sesto del valore dell'edificio in base all'art. 66 disp. att. c.c... Secondo una parte della dottrina, ciò è possibile anche quando siano emerse gravi irregolarità fiscali nella gestione ovvero l'amministratore abbia omesso di aprire o utilizzare un conto corrente intestato al condominio. Di certo il condomino, o i condomini, che hanno ottenuto la revoca giudiziale dell'incarico possono ripetere dal condominio le spese legali.

La revoca assembleare è efficace anche se anticipata, priva di giusta causa ed immotivata. Si è posto, tuttavia, il problema della ammissibilità o meno di una azione risarcitoria a tutela dell'amministratore revocato. Secondo un primo orientamento, che sul punto richiama la disciplina giuridica in materia di mandato, tale azione andrebbe comunque riconosciuta, sia pure nei limiti di quanto non percepito entro l'anno. Altro orientamento (Cass. 9082/2014), invece, esclude tale possibilità osservando come la revoca non richieda alcun atto formale, essendo essa implicita nella nomina di un nuovo amministratore e si applica l'art. 1724 c.c. sulla revoca tacita del mandato.

L'art. 1129, co. 11, c.c. prevede la revoca anche in via giudiziale; questa, pur essendo sussidiaria rispetto alla revoca cd assembleare, è da essa autonoma. Il che comporta due significative conseguenze: per un verso, l'iniziativa processuale del singolo condomino non è affatto condizionata all'esito negativo, rispetto alla revoca, della delibera assembleare od alla inerzia dell'organo assembleare e, per altro verso, il tribunale eventualmente adito non è per nulla vincolato, in sede decisoria, alla medesima delibera, dovendo considerare esclusivamente le circostanze specifiche indicate dalla legge.

Quanto ai profili squisitamente processuali, va detto che il tribunale decide sulla revoca in camera di consiglio con decreto motivato reclamabile dinanzi alla corte di appello in base all'art. 64 disp. att. c.c.. Il decreto del giudice d'appello non è invece ricorribile per cassazione trattandosi di provvedimento di volontaria giurisdizione non suscettibile di passare in giudicato. Sono, infine, applicabili le norme sulle spese processuali, almeno per i procedimenti ancora pendenti al momento della entrata in vigore della nuova normativa (Cass. 18487/2014).

La nuova normativa contempla quattro ipotesi di revoca assembleare o giudiziale dell'incarico tra cui si menziona l'omessa comunicazione all'assemblea di atti proces-

suali o provvedimentali compiuti dallo stesso amministratore ma esorbitanti dalle sue attribuzioni, l'omessa rendicontazione della gestione, l'omessa comunicazione all'assemblea dell'iniziativa processuale di singoli condomini avente ad oggetto la rettifica o revisione delle c.d. tabelle millesimali ed, infine, la sussistenza di gravi irregolarità nella gestione mentre la precedente formulazione si riferiva alla "sussistenza di fondati sospetti di gravi irregolarità".

Come elemento di novità rispetto al passato, l'art. 1129 co. 12 c.c. elenca le ipotesi di irregolarità gravi. A queste otto, però, bisogna aggiungere l'ipotesi delle gravi irregolarità fiscali. Segnatamente, tra quelle più significative, vi è l'omessa convocazione dell'assemblea per l'approvazione del rendiconto condominiale, la mancata esecuzione di atti amministrativi e giudiziari nonché di delibere assembleari, la mancata apertura ed utilizzazione del conto corrente intestato al condominio, l'omessa o scorretta comunicazione dei dati anagrafici e professionali al momento della stipulazione del contratto, l'omessa o scorretta tenuta del registro di anagrafe condominiale e di tutti gli altri registri, la scarsa diligenza in sede processuale a danno del condomino, la gestione non diligente, tale, cioè, da generare confusione tra i patrimoni.

Tale elencazione non sembra, però, presentare carattere tassativo. Non è un caso che le parti possono anche convenzionalmente aggiungere altre. Si tratta, dunque, di una categoria aperta che richiede, per le ipotesi non espressamente contemplate, una verifica sulla loro effettiva gravità. Di qui l'esigenza, emersa in dottrina e giurisprudenza, di chiarire lo stesso concetto di gravità. Ebbene, deve ritenersi grave ogni anomalia tale da minare lo stesso rapporto fiduciario tra amministratore e condominio, esponendo quest'ultimo a gravi pregiudizi. In tal senso, andrà, ad esempio, verificata l'effettiva gravità delle irregolarità formali commesse nella redazione del rendiconto finale. A parte ciò, non può certo considerarsi espressione di grave irregolarità il compimento di un atto gestorio che, per quanto contestato, trovi l'avallo della maggioranza della assemblea. Così come, ma per altri motivi, non può considerarsi tale il compimento di un atto esecutivo di delibera nulla o annullabile. Questa, infatti, potrà essere oggetto di apposita impugnativa. Anche in queste ipotesi di revoca, però, l'amministratore è tenuto a rispondere degli eventuali danni. Ultima notazione riguarda la revoca giudiziale che impedisce all'assemblea di nominare nuovamente l'amministratore revocato. Ciò significa che la revoca disposta dall'assemblea non rappresenta un ostacolo alla eventuale nuova nomina dell'amministratore revocato.

La cessazione dell'incarico può, infine, avvenire per effetto della perdita dei requisiti di onorabilità. Proprio in applicazione della disciplina giuridica prevista in materia il Tribunale di Sciacca, con provvedimento del giugno del 2014, ha disposto la revoca dell'amministratore, regolarmente nominato, per avere riportato una condanna per uno dei delitti rientranti nella previsione normativa.

Nulla è previsto, invece, per la perdita di quelli di professionalità. Ciò pone due ordini di problemi.

Il primo riguarda le conseguenze della mancanza originaria dei requisiti di onorabilità. Il secondo, *in nuce*, concerne le conseguenze della perdita dei requisiti di professionalità.

Nel primo caso, sembra doversi ipotizzare la nullità della delibera di nomina oltretutto, naturalmente, del contratto eventualmente stipulato tra amministratore e condominio; nel secondo caso, invece, esclusa la conseguenza della cessazione dall'incarico, il dato del mancato aggiornamento sarà valutato, specie sotto il profilo delle conseguenze, dall'assemblea.

La novella del 2012 ha riproposto il tema generale della responsabilità non tanto e non solo in relazione al rapporto interno tra amministratore e singoli condomini, che resta pur sempre regolato dalle norme sul mandato, quanto, piuttosto, in relazione ai rapporti esterni con i terzi. Sul punto, per un verso, bisogna riconsiderare la posizione dell'amministratore, specie alla luce della previsione di nuovi significativi obblighi a suo carico *ex art. 1129 co. 9 c.c.* e, per l'altro, occorre segnalare l'introduzione di un regime di responsabilità sussidiaria a carico del condomino in regola con i pagamenti *ex art. 63 disp. att. c.c.*

Punto di partenza del ragionamento è rappresentato dalla natura giuridica del rapporto tra amministratore e condomini, che il Legislatore ha ricondotto al modello del mandato con rappresentanza. Tale qualificazione va, tuttavia, riconsiderata alla luce delle recenti novità normative che hanno significativamente ampliato il novero delle attribuzioni spettanti all'amministratore. L'intento del Legislatore è, in particolare, quello di affidare alla cura dell'amministratore interessi ulteriori rispetto a quelli normalmente curati in forza del rapporto di mandato. Si pensi all'interesse privatistico alla riscossione del credito ma anche a quello pubblicistico legato alla sicurezza degli edifici condominiali. Tale molteplicità di interessi ben difficilmente può essere confinata nello schema tipico del mandato. A tal proposito, una parte della dottrina parla di contratto atipico di amministrazione condominiale, da intendersi come contratto *sui generis* cui andrebbero applicate non soltanto le norme sul mandato ma anche quelle previste dal codice e dalla legge. In altre parole, mentre i rapporti interni tra amministratore e condomini continuano ad essere disciplinati dalle norme sul mandato quelli esterni con i terzi trovano espressa regolamentazione nel codice e nella legge.

Ma questa molteplicità di interessi, affidati alla cura dell'amministratore, ne aggravano le responsabilità. Sul piano civilistico è sufficiente menzionare il sempre più frequente ricorso ad appositi strumenti assicurativi in grado di coprire il rischio, per i terzi e per i condomini, scaturente dall'esercizio di tale attività. Tali strumenti vanno peraltro aggiornati costantemente in relazione alla entità del rischio. Probabilmente anche sul piano penalistico è possibile ravvisare un aggravio di responsabilità considerando le notevoli implicazioni di carattere pubblicistico che l'esercizio della stessa attività presenta.

Per tale ragione occorre distinguere tra *mala gestio* e responsabilità verso i terzi, pubblici e privati; mentre la prima viene disciplinata dalle norme sul mandato, la seconda da quelle del codice e della legge.

L'amministratore, in applicazione delle norme sul mandato, è tenuto a svolgere il suo incarico con la diligenza del buon padre di famiglia. In caso di *mala gestio* dovrà, dunque, rispondere a titolo di responsabilità contrattuale. Si pensi alle ipotesi in cui l'amministratore superi i limiti delle sue attribuzioni ovvero eserciti male, o non eserciti affatto, i poteri/doveri conferitigli. Il limite è qui segnato dall'interesse del condominio, o dei singoli condomini, alla corretta gestione ed amministrazione dei beni condominiali. Quando questo interesse si confonde con quello individuale dell'amministratore siamo già fuori dai limiti segnati dal vincolo contrattuale. Non a caso, ad esempio, l'art. 1129 co. 4 c.c. prevede come causa di revoca la "gestione secondo modalità che possono generare possibilità di confusione tra il patrimonio del condominio e il patrimonio personale dell'amministratore o di altri condomini".

Laddove, poi, dalla *mala gestio* scaturisca anche un pregiudizio per i singoli condomini, sarà possibile agire per il risarcimento del danno. All'attore basterà qui allegare la mancata osservanza da parte dell'amministratore dei suoi doveri nonché l'esistenza di

un danno connesso a tale omissione. L'amministratore, per contro, dovrà dimostrare, per andare esente da responsabilità, di avere eseguito correttamente il proprio incarico e che il danno non è imputabile al suo comportamento.

Un esempio in tal senso può essere rinvenuto in materia di protezione dei dati personali nella gestione del condominio. A tal proposito, si è già visto come l'amministratore sia legittimato, nell'esercizio delle sue attività, al trattamento dei dati personali dei singoli condomini. Trattamento che, purché strettamente funzionale, può anche non essere acconsentito. La Corte di Cassazione ha, però, recentemente individuato un limite nella diffusione di tali dati, ponendo a carico dell'amministratore il dovere di predisporre le opportune cautele per evitare l'accesso ad essi di persone estranee al condominio (Cass. 1593/2013). In tale prospettiva, va di certo risarcito il pregiudizio alla sfera personalistica scaturente dalla affissione nella bacheca condominiale, ad opera dell'amministratore, delle informazioni relative alla posizione debitoria del singolo condomino. Diverso discorso, invece, va fatto quando la medesima informazione sia resa in seno all'assemblea.

Sul piano poi dei rapporti esterni, il dato normativo di riferimento è l'art. 1129 co. 9 c.c. che impone all'amministratore l'obbligo di agire per la riscossione forzosa delle somme dovute dagli obbligati entro sei mesi dalla chiusura dell'esercizio, salvo dispensa espressa dell'assemblea.

La *ratio* di quest'ultima previsione è, chiaramente, quella di rendere più agevole il recupero del credito. Essa pone, però, il problema della eventuale responsabilità diretta dell'amministratore nei confronti del terzo creditore, indipendentemente, cioè, dalla responsabilità del singolo condomino per il mancato pagamento delle spese.

È evidente, infatti, come la mancata attivazione degli strumenti monitori previsti dalla legge con particolare riferimento al decreto ingiuntivo immediatamente esecutivo *ex art. 63 co. 1 disp. att. c.c.* esponga l'amministratore ad azione di responsabilità civile, oltre alla possibile revoca. Infatti, se l'amministratore agisce tempestivamente, il creditore evita quanto meno di sostenere l'esborso delle spese processuali per la escussione diretta del condomino moroso. La violazione dell'obbligo di attivarsi, inoltre, potrebbe essere fonte di responsabilità anche nei confronti degli stessi condomini adempienti, stante la loro responsabilità sussidiaria.

Sempre nella prospettiva della responsabilità civile verso terzi, va segnalato un orientamento giurisprudenziale (Cass. 25251/2008) che tende a qualificare l'amministratore come custode dei beni condominiali. In tale veste, egli risponderebbe dei danni eventualmente cagionati a terzi dalla omessa o carente manutenzione degli stessi beni. Si pensi alla ipotesi del danno scaturente dalla mancata riparazione del lastrico solare o del tetto ove troverà applicazione il regime giuridico previsto in materia di responsabilità extracontrattuale, sia in punto di prescrizione che di onere probatorio.

Peraltro, le medesime questioni risarcitorie potrebbero essere affrontate anche nell'ambito di un giudizio penale; si pensi all'ipotesi in cui l'omessa o scorretta manutenzione dei beni condominiali derivi dalla violazione di norme di carattere pubblicistico (Cass. 34147/2012).

Quanto poi alla responsabilità dei singoli condomini per le obbligazioni assunte, nel loro interesse, dall'amministratore, occorre partire dalla configurazione giuridica della cd obbligazione condominiale. Questa è, nella ricostruzione tradizionale, vista in duplice prospettiva; una esterna, ed una interna. Nel primo caso, oggetto della obbligazione condominiale è la corresponsione della somma di denaro al terzo (in ragione

dell'impegno assunto nei suoi confronti, ma nell'interesse dei singoli condomini, dall'amministratore). Nel secondo caso, invece, oggetto della obbligazione condominiale è la corresponsione del c.d. contributo condominiale da parte di tutti i soggetti obbligati.

La dimensione interna della obbligazione condominiale trova sicuro appiglio negli artt. 1130 n. 3, 1137 co. 1, 1118 co. 2 e 3 e 1123 c.c. La prima norma pone a carico dell'amministratore l'obbligo di riscuotere i contributi e di erogare le spese occorrenti per la manutenzione ordinaria delle parti comuni dell'edificio, oltretutto per l'esercizio dei servizi comuni.

La seconda disposizione prevede che le deliberazioni prese dall'assemblea sono obbligatorie per tutti i condomini; il riferimento è, nella fattispecie, alle spese di manutenzione straordinaria.

La terza disposizione, invece, stabilisce che il condomino non può sottrarsi all'obbligo di contribuire alle spese per la conservazione delle parti comuni, neanche modificando la destinazione d'uso della propria unità immobiliare o rinunciando al suo diritto sulle cose comuni.

Tale ultima disposizione va, infine, coordinata con quella contenuta nell'art. 1123 c.c. secondo cui le spese per la manutenzione ordinaria e straordinaria sono sostenute dai condomini in misura proporzionale al valore della proprietà di ciascuno, salva diversa convenzione o previsione.

Tale sintetico quadro normativo di riferimento pone diversi problemi interpretativi.

In primo luogo, tali obbligazioni, secondo la giurisprudenza, hanno la natura giuridica di obbligazioni *propter rem*.

Occorre, in secondo luogo, delimitare la cerchia dei soggetti obbligati. Ebbene, a parte i singoli condomini, sono tenuti a corrispondere i contributi anche l'usufruttuario *ex art. 67 co. 8 disp. att. c.c.* ed il cessionario *ex art. 63 disp. att. c.c.* della singola unità abitativa. Il primo è obbligato, in solido con il condomino, per le spese di ordinaria manutenzione. Il secondo, invece, è tenuto, in solido con il cedente, al pagamento dei contributi relativi all'anno in corso ed a quello precedente. Il cessionario, peraltro, è tenuto ad allegare una copia dell'atto originale d'acquisto all'amministratore, che provvederà poi alla iscrizione nel registro anagrafe e senza tale formalità sarà tenuto a rispondere delle obbligazioni maturate precedentemente in capo al suo dante causa (art. 63 co. 5 disp. att. c.c.).

Altro problema poi è quello della esigibilità della prestazione contributiva. E qui occorre distinguere a seconda che trattasi di interventi di manutenzione ordinaria ovvero di manutenzione straordinaria. Nel primo caso, la prestazione contributiva deve ritenersi esigibile già al momento della ultimazione dei lavori. Nel secondo caso, invece, occorrerà attendere la delibera da parte della assemblea che avrà ad oggetto proprio la esecuzione di lavori di particolare rilevanza, con la obbligatoria formazione di un fondo *ad hoc*. È tuttavia riconosciuto all'amministratore il potere di impegnare i singoli condomini in situazioni di particolare urgenza e necessità.

Altro problema, ancora, è quello della eventuale derogabilità al regime di ripartizione delle spese. Una deroga in tal senso è prevista, limitatamente però alle spese di manutenzione ordinaria, all'art. 1118 co. 4 c.c. Secondo tale disposizione è possibile rinunciare all'utilizzo dell'impianto centralizzato di riscaldamento o di condizionamento, se dal suo distacco non derivano notevoli squilibri di funzionamento o aggravii di spesa per gli altri condomini. In tal caso, il rinunziante è tenuto a concorrere al pagamento delle sole spese per la manutenzione straordinaria dell'impianto e per la sua conservazione e messa a norma.

Ultimo problema, infine, è quello attinente ai criteri di ripartizione delle spese. Ebbene, principio generale in materia è quello, come visto, di proporzionalità. A tal proposito, soltanto un patto sottoscritto da tutti i proprietari, o imposto dall'originario ed unico proprietario ai successivi acquirenti, può derogare a tale principio. Ciò significa che le spese ripartibili "in parti uguali" costituiscono l'eccezione (ad esempio i citofoni e l'antenna centralizzata). Il secondo comma dell'art. 1123 c.c. apporta poi un correttivo al primo comma, prevedendo che quando il bene comune è destinato a servire i proprietari in modo diverso, la ripartizione della spesa è effettuata in base all'uso e non in base al valore della proprietà (ad esempio le scale, che di certo servono in misura maggiore a coloro che sono posti all'ultimo piano ed in misura minore a coloro che si trovano al primo piano). Il terzo comma dell'art. 1123 c.c. regola, infine, l'ipotesi in cui i beni condominiali sono usati solo da alcuni proprietari ed in questo caso la spesa è sopportata solo dai proprietari che ne traggono utilità (ad esempio la colonna fecale). Criteri di riparto del tutto peculiari sono poi previsti agli artt. 1124, 1125 e 1126 c.c. in materia, rispettivamente, di scale, soffitti e solai e lastrici solari. Dal punto di vista operativo, infine, si procede alla formazione delle cd tabelle millesimali in cui a ciascun condomino è imputata una certa quota in millesimi. Per le ragioni appena esposte, le tabelle possono essere anche più di una (Rocco Galli, *Novità normative e giurisprudenziali*, Cedam, 2012).

In caso di inadempimento dell'obbligo contributivo si pone, dunque, il problema della responsabilità nei confronti dei terzi. Va segnalato l'intervento del Legislatore della novella che, all'art. 63 disp. att. c.c., ha introdotto un *beneficium escussionis* a favore del condomino in regola con i pagamenti. Tale regola operativa non ha risolto completamente il problema della alternativa tra solidarietà e parziarietà delle obbligazioni condominiali (Rocco Galli, *Novità normative e giurisprudenziali*, 2012) ma ha inteso soltanto introdurre un regime di responsabilità diseguale a carico dei condomini morosi rispetto a quelli adempienti.

Il meccanismo di recupero del credito, così come emerge dalla novella, si sviluppa, dunque, per gradi successivi.

In primis il creditore, munitosi di apposito titolo, aggredisce le risorse disponibili del fondo condominiale (che è nella disponibilità dell'amministratore). A tal proposito, secondo la giurisprudenza maggioritaria (Cass. 3636/2014) "non è idoneo ad estinguere il debito *pro quota* il pagamento eseguito direttamente dal condomino a mani del creditore del condominio, se tale creditore non è munito di titolo esecutivo verso lo stesso singolo partecipante".

In caso di esito, totalmente o parzialmente, infruttuoso egli potrà intervenire nei procedimenti monitori correttamente attivati dall'amministratore ovvero attenderne l'esito, soddisfacciandosi in questo modo sulle somme liquidate dal giudice.

Il problema maggiore riguarda il caso di inerzia dell'amministratore, il quale non abbia attivato i procedimenti monitori previsti dalla legge. Al creditore è riconosciuta, in questo caso, la possibilità di accedere ai nominativi dei condomini morosi attraverso la consultazione dei documenti contabili, così come predisposti dall'amministratore. Si tratta, peraltro, di dati accessibili senza consenso dell'interessato, essendo funzionali alla tutela di un diritto.

Acquisiti tali dati, egli potrà poi agire in surrogatoria, sostituendosi, nell'azione giudiziaria, all'amministratore rimasto inerte. Gli oneri processuali a carico del creditore sarebbero a quel punto, per un verso, la specificazione, nell'atto di citazione, della causa

introduttiva del giudizio (inerzia dell'amministratore) e, per altro, la citazione in giudizio dello stesso amministratore al fine di estendere gli effetti della pronuncia giudiziale anche nei confronti del condominio.

Nell'ipotesi in cui anche l'escussione del patrimonio dei condomini morosi dovesse risultare infruttuosa, il creditore potrà rivolgersi ai condomini in regola con i pagamenti. Si spiega in questo modo il regime di sussidiarietà, introdotto dal legislatore della novella. Tale sussidiarietà, peraltro, può essere fatta valere anche in via stragiudiziale. In altre parole, la legge qualifica il condomino adempiente come una sorte di fideiussore *ex lege* del condomino moroso, la cui escussione è risultata infruttuosa.

Tale responsabilità del condomino adempiente è doppiamente parziaria: egli, infatti, risponde non soltanto nei limiti della quota che fa capo al condomino inadempiente ma anche nei limiti della quota di partecipazione alle spese condominiali.

Detto ciò, si pone il problema, rimasto irrisolto, della qualificazione di tale responsabilità, specie nei rapporti tra condomini morosi e condomini in regola con i pagamenti. È evidente che, laddove si optasse per la solidarietà, le conseguenze sarebbero rilevanti perché troverebbe applicazione, sia pure nei limiti della compatibilità, tutto il regime della solidarietà passiva *ex artt.* 1292 ss. c.c. Ebbene, fino all'intervento delle Sezioni Unite (S.U. 9148/2008), che avevano inteso qualificare le obbligazioni condominiali come obbligazioni parziarie, l'orientamento dominante era nel senso che a rispondere di esse dovesse essere, *in primis*, il condominio, e poi, ma soltanto in caso di incapienza del fondo, tutti i condomini in via solidale. Il creditore poteva, dunque, rivolgersi anche ad uno solo dei condebitori per l'intera somma.

Dopo l'intervento novellatore del 2012 il problema della natura giuridica delle obbligazioni condominiali deve ritenersi tutt'altro che risolto. La sussistenza o meno dei presupposti della solidarietà passiva va, dunque, verificata in concreto. In tal senso, sembrano ricorrere tanto l'identità di prestazione che l'interesse comune. A tal ultimo proposito, è vero che l'obbligo di corresponsione delle spese è graduato in termini diversi a seconda che trattasi di condomino moroso o in regola con i pagamenti, ma è altresì vero che pur sempre sussiste un interesse all'adempimento della prestazione. Basti pensare, a tal proposito, alla circostanza che la obbligazione condominiale è stata pur sempre assunta per delibera assembleare, espressione del principio maggioritario e, dunque, dell'interesse del condominio nella sua globalità. Detto ciò, l'operatività del *beneficium escussionis* pone i condomini in posizione diversa: responsabilità principale per il condomino moroso e responsabilità sussidiaria per il condomino in regola con i pagamenti. Ciò significa che il condomino adempiente, che sia convenuto per l'adempimento, potrebbe eccepire la mancata escussione del condomino moroso. A questo punto, viene da chiedersi se il regime di sussidiarietà introdotto dalla novella possa ritenersi compatibile con quello di solidarietà.

In linea generale è possibile distinguere due diversi livelli di solidarietà: una propria, dove opera la regola in base al quale ognuno dei condebitori può adempiere con liberazione degli altri, ed una impropria, che si rinviene nell'ambito dei rapporti di garanzia fideiussoria. In quest'ultimo caso, potranno essere inserite, nei relativi contratti, le clausole del *beneficium divisionis* ed *escussionis*. Non vi è incompatibilità, dunque, tra solidarietà impropria di tipo fideiussorio e sussidiarietà e potrà, quindi, ritenersi applicabile il regime giuridico previsto agli artt. 1292 ss. c.c., con i dovuti adattamenti. In altre parole, la prestazione adempiuta dal debitore principale libera anche il fideiussore, senza diritto di regresso. Se, viceversa, ad adempiere è il fideiussore, questi avrà il re-

gresso nei confronti del debitore principale. L'estensione della disciplina giuridica non è però incondizionata e deve tener conto di taluni adattamenti. A tal proposito la previsione contenuta nell'art. 1298 c.c., secondo cui l'inadempimento di uno dei condebitori si ripercuote su tutti gli altri in via proporzionale, si pone in termini di chiara incompatibilità con il regime della sussidiarietà.

Il condomino, che abbia pagato, può comunque surrogarsi, *ex art.* 1203 n. 3 c.c., al creditore e soddisfarsi nei confronti degli altri condebitori. Quest'ultimi possono far valere nei suoi confronti non solo le eccezioni opponibili al creditore ma anche quelle che potevano far valere in via interna nei confronti del condomino moroso.

È, infine, configurabile una responsabilità extracontrattuale *ex art.* 2051 c.c. a carico del condomino nell'ipotesi di cattiva manutenzione di cose in uso esclusivo da cui sia derivato un pregiudizio a terzi. In questi casi, si pone il problema della legittimazione passiva. Ebbene, un recente orientamento (Cass. 15300/2013) distingue a seconda che i danni siano dovuti a vetustà ovvero a difetti originari di progettazione o esecuzione dell'opera tollerati dal singolo proprietario perché la legittimazione, nel primo caso, spetta al condominio mentre, nel secondo, al singolo condomino.

2. La ripartizione delle spese relative alla manutenzione del lastrico solare (Cass. 13526/2014).

Recentemente la Corte di Cassazione (Cass. 13526/2014) è tornata ad occuparsi del danno prodotto a terzi dalla cattiva manutenzione del lastrico solare in proprietà esclusiva di un solo condomino. La questione, in particolare, è quella del se i criteri di riparto della obbligazione risarcitoria, scaturente dall'illecito, siano quelli previsti in materia condominiale ovvero quelli, generali, previsti in materia di responsabilità da cose in custodia *ex art.* 2051 c.c..

Il lastrico solare è la copertura piana e praticabile dell'edificio composta dal solaio dell'ultimo piano, da uno strato di materiale coibente e da un manto impermeabilizzante che lo rende praticabile anche se non propriamente ameno. Esso è solitamente adibito a funzioni di servizio (stenditoio, alloggiamento di impianti, installazione di antenne ecc.). Nell'elemento architettonico del lastrico solare, pertanto, si sommano tre diverse utilità: per l'intero edificio, quella di copertura e protezione; per gli appartamenti dell'ultimo piano, quella tipica del solaio sovrastante; per coloro che ne hanno l'uso, quella di assicurare le utilità connesse alla sua praticabilità. Il legislatore ha preferito, tuttavia, dettare un criterio unico di ripartizione delle spese di manutenzione, anziché tre criteri distinti. In base all'art. 1126 c.c., infatti, i due terzi della spesa sono a carico di tutti i condomini e si ripartiscono secondo il criterio del valore proporzionale mentre il restante terzo è posto a carico di coloro che hanno l'uso esclusivo del lastrico. La giurisprudenza maggioritaria ha ritenuto applicabile anche alle terrazze c.d. a livello il criterio di ripartizione delle spese dettato per i lastrici solari perché svolgono anche una funzione di copertura dei vani sottostanti e, pertanto, il solaio che le sorregge è ricoperto da materiali coibenti e rivestimento impermeabilizzante. Restano a carico del proprietario della terrazza le spese riguardanti i parapetti e le ringhiere (Cass. 1361/1989), nonché quelle per la rimozione ed il riposizionamento degli eventuali ornamenti cui occorre provvedere al fine di consentire la esecuzione delle opere di manutenzione o riparazione.

Il lastrico solare e la terrazza a livello vanno del pari qualificati come cose in custodia. Essi, infatti, presentano una natura potenzialmente offensiva della sfera giuridica altrui. Ai fini della imputazione oggettiva della responsabilità per il danno da omessa manutenzione della *res*, occorre, tuttavia, individuare il custode di quest'ultima, colui, cioè, che ne abbia la disponibilità materiale e giuridica.

Sul punto la dottrina tradizionale tende a distinguere tra lastrico solare (o terrazza a livello) in uso esclusivo e lastrico solare (o terrazza a livello) in proprietà esclusiva. A rispondere del danno da omessa manutenzione sarà, nel primo caso, il condominio, nel secondo, il singolo proprietario. Una parte della giurisprudenza (Cass. 7727/2007), invece, segue il criterio che addebita il danno da omessa manutenzione di cose all'eventuale comportamento lesivo di chi lo abbia cagionato, sia esso il singolo condomino, che lo stesso condominio. Indipendentemente, dunque, dalla circostanza che la medesima *res* si trovi nella esclusiva disponibilità del primo. La linea di confine viene individuata, in particolare, nella tipologia di danno arrecato; a tal proposito, mentre il danno cd da vetustà viene imputato al condominio, quello riconducibile a difetti originari di progettazione o di esecuzione dell'opera, indebitamente tollerati, al singolo proprietario (Cass. 15300/2013).

Detto ciò, il caso in esame ha riguardato una controversia per i danni causati all'appartamento di un condomino dalle infiltrazioni d'acqua provenienti dal terrazzo dell'edificio condominiale. I giudici di merito hanno condannato in solido il proprietario del terrazzo ed il condominio, sull'assunto che il terrazzo svolgesse anche la funzione di copertura del fabbricato condominiale ed hanno ritenuto che il proprietario del terrazzo ed i singoli condomini dovessero rispondere delle spese di riparazione nella misura rispettivamente di 1/3 e 2/3. A tal proposito, vengono richiamati i principi elaborati dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite (S.U. 3672/1997). La Suprema Corte parte dalla natura dell'obbligo posto a carico dei singoli condomini ed avente ad oggetto la prestazione delle spese per la conservazione dei beni esistenti nell'edificio ed, in particolare, del lastrico solare, sia in comune che in proprietà esclusiva. Si tratta di un'obbligazione *propter rem* il cui inadempimento farebbe scattare le norme sulla responsabilità contrattuale con l'effetto che l'obbligazione risarcitoria ad essa consequenziale seguirebbe il medesimo regime. Non si considera, dunque, la possibilità che il pregiudizio al terzo possa far scattare le norme sulla responsabilità extracontrattuale, salvo i casi di lesione all'altrui sfera personale. Il danno alle cose (appartamento sottostante), e non alle persone, viene, invece, preso in considerazione dalla Corte di Cassazione, intervenuta nel giudizio di cui sopra, e c'è stato un significativo cambiamento di prospettiva.

Secondo la Corte, infatti, il giudice di merito ha impropriamente utilizzato i criteri di riparto delle spese previsti in materia condominiale. Gli obblighi di contribuzione previsti in tale ambito riguardano il diritto dei proprietari e l'utilità che essi traggono dai beni, non l'allocazione del danno subito dai terzi.

L'obbligazione risarcitoria va, dunque, ricondotta nella sede sua propria che è quella della responsabilità extracontrattuale. Precisamente, se per le spese di riparazione la quota di 1/3 gravante sul proprietario del lastrico solare appare giustificata dalla usura causata dal godimento dello stesso da parte del condomino, per i danni provocati da infiltrazioni, la stessa quota appare ingiustificata essendo il danno causato dalla inerzia del condominio e non da un esclusivo comportamento del proprietario del terrazzo. Invero, dice la Corte, "questa omissione di azione condominiale può esservi anche se il condomino, che vanta l'uso esclusivo del lastrico o la proprietà della terrazza, sia esente da

specifiche colpe”. È stato peraltro sottolineato come l’obbligazione risarcitoria in esame prescinda da ogni considerazione sulla utilità che il danneggiante trae dal pregiudizio arrecato, criterio contrario a quello che regge l’art. 1126 c.c., fondato sulla utilità del danneggiante. In sostanza per la Corte “il fatto costitutivo dell’illecito risale alla condotta omissiva o commissiva dei condomini, che fonda una responsabilità aquilana, la quale deve essere scrutinata secondo le rispettive colpe dei condomini e, in caso di responsabilità condominiale, secondo i criteri millesimali, senza utilizzare la normativa coniata ad altro fine” (Cass. 13526/2014). La questione è stata rimessa alle Sezioni Unite per una nuova riconsiderazione alla luce dei principi da ultimo elaborati.

3. Le servitù per destinazione del padre di famiglia (Cass. 3219/2014).

La servitù prediale consiste nel peso imposto sopra un fondo per l’utilità di un altro fondo appartenente a diverso proprietario (art. 1027 c.c.). La servitù consiste, dunque, in un vincolo specificamente creato da un titolo negoziale, giudiziale o amministrativo. In essa difetta il requisito dell’automatismo e, sotto tal profilo, si distingue nettamente dai limiti della proprietà che, diversamente, hanno fonte diretta nella legge e gravano su categorie generali di beni in ragione della speciale conformazione del diritto di proprietà.

L’art. 1027 c.c. valorizza la servitù sotto l’aspetto del vincolo che grava sul fondo (c.d. servente) a favore di altro fondo (c.d. dominante), ma essa va considerata anche sotto l’aspetto della posizione giuridica attiva correlata al vincolo ovvero il diritto reale limitato che attribuisce al titolare determinate facoltà di utilizzazione del fondo servente a vantaggio del proprio fondo.

La servitù rientra nell’ambito dei diritti reali di godimento su cosa altrui e, in quanto tale, è connotata dai caratteri della immediatezza, assolutezza ed inerenza.

Fondamento della servitù è la cooperazione fondiaria, ossia, l’attribuzione di utilità a vantaggio di un fondo per una migliore valorizzazione immobiliare.

Contenuto della servitù sono, poi, le singole facoltà conferite al titolare del diritto, la cui determinazione costituisce espressione di libertà di autodeterminazione negoziale delle parti in relazione all’utilità che, in concreto, la costituzione del vincolo mira a soddisfare.

Per quanto concerne i caratteri della servitù prediale, essa si configura, innanzitutto, come soggezione fondiaria che inerisce a due fondi, da un lato, il fondo dominante, a favore del quale è costituita, dall’altro, il fondo servente, a carico del quale essa è imposta.

Ai fini della costituzione della servitù, secondo l’orientamento prevalente, il fondo dominante e il fondo servente non necessariamente devono essere confinanti, ma deve pur sempre sussistere quella vicinanza tale da consentire l’esercizio della servitù.

Inoltre, dalla nozione di servitù, quale diritto reale su cosa altrui, deriva che la servitù non può essere costituita o sussistere su cosa propria (*nulli res sua servit*), ne consegue che quando in una sola persona si riunisce la proprietà del fondo dominante con quella del fondo servente la servitù si estingue per confusione (art. 1072 c.c.).

Elemento funzionale della servitù, è l’*utilitas* vale a dire il vantaggio obiettivo, anche futuro, socialmente apprezzabile che il fondo trae dalla servitù e che si traduce in una sua qualità giuridica (art. 1028 c.c. e 1029 c.c.). È opportuno evidenziare che l’*utilitas* è diretta al soddisfacimento di un interesse fondiario e non anche di interessi

particolari del proprietario, che risultano estranei alla destinazione economica del fondo.

Quando l'*utilitas* della servitù è diretta a favore del proprietario e non del fondo, si è soliti parlare di servitù irregolari, la cui costituzione è nulla per contrarietà al principio di tipicità e numero chiuso dei diritti reali, ma, in quanto esse sono dirette al soddisfacimento di un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico ex art. 1322, co. 2, c.c., il relativo negozio giuridico ben può essere convertito in un contratto obbligatorio (sul tema della tipicità e atipicità dei diritti reali, Cfr. Rocco Galli, *Appunti Di Diritto Civile*, Cedam, 2008).

L'esercizio della servitù consiste nell'attuazione del potere di godimento che rientra nel contenuto del diritto, in conformità del titolo o del suo possesso (art. 1065 c.c.). In particolare, dal complesso delle disposizioni dettate dall'art. 1063 ss. c.c. si evince: 1) la regola del minore aggravio del fondo servente. Al fine di contemperare i contrapposti interessi dei proprietari dei fondi, servente e dominante, la servitù deve essere esercitata nella misura e nei modi che consentano di soddisfare il bisogno del fondo dominante con il minore sacrificio possibile del fondo servente; 2) il divieto di aggravamento del fondo servente, che impone al proprietario del fondo dominante di non fare innovazioni che rendano più gravosa la condizione del fondo servente, così ampliando abusivamente il contenuto della servitù risultante dal titolo. Al riguardo, la giurisprudenza ha chiarito che nel caso in cui l'estensione e le modalità di esercizio della servitù siano con certezza regolate dal titolo, qualsiasi innovazione rispetto ad esse deve ritenersi vietata, traducendosi in una abusiva imposizione sul fondo servente di un peso diverso da quello originariamente costituito; 3) il divieto di aggravamento o diminuzione dell'esercizio della servitù, che vieta al proprietario del fondo servente qualsiasi innovazione o attività che escluda o renda più difficile o incomodo l'esercizio della servitù o ne diminuisca abusivamente il contenuto. Così, ad esempio, con specifico riferimento alla servitù di passaggio, particolare ipotesi di innovazione suscettibile di aggravare la servitù è la chiusura del fondo servente. Al riguardo, è opportuno precisare che la chiusura del fondo servente, in quanto tale, non è vietata, anzi essa costituisce espressione di un diritto riconosciuto al proprietario ex art. 841 c.c., ciò che non è consentito è, invece, la chiusura del fondo con modalità tali da non lasciare libero e comodo l'ingresso (da valutarsi alla luce di tutte le circostanze del caso concreto ed avuto riguardo all'uso diretto e indiretto della servitù da parte del fondo dominante) a chi vanta un diritto di servitù che renda necessario il passaggio per il fondo stesso (art. 1064, co. 2, c.c.); 4) il divieto di spostamento della servitù, che impone al proprietario di non trasferire la servitù in luogo diverso. Quindi, il proprietario del fondo servente non può mutare la localizzazione della servitù, perché, più in generale, non può unilateralmente modificarne il contenuto.

In relazione al contenuto, le servitù possono essere classificate in: apparenti (rese manifeste dalle opere visibili necessarie al loro esercizio, come la servitù di elettrodotto) e non apparenti (non necessitano di opere visibili per il loro esercizio, così è la servitù di attingere l'acqua); continue (si esercitano mediante il mantenimento delle opere o dello stato dei luoghi dai quali deriva direttamente il vantaggio per il fondo dominante; esse sono di norma apparenti, ad esempio, tale è la servitù di veduta che si esercita mantenendo la finestra con vista sul fondo servente.) e discontinue (l'esercizio della servitù si esplica attraverso atti di godimento dell'utilità offerta dal fondo servente; anche tale servitù può richiedere l'utilizzazione di opere permanenti e visibili, le quali non sono tuttavia sufficienti di per sé a realizzare il vantaggio del fondo dominante, perché

quest'ultimo si realizza solo attraverso il fatto attuale del titolare; così, ad esempio, nella servitù di passaggio occorre la via, ma l'esercizio si esplica attraverso gli atti di transito); attive (realizzano il vantaggio del fondo dominante mediante opere e/o attività del titolare del diritto, pertanto, il proprietario del fondo servente è tenuto a sopportare l'intromissione del proprietario del fondo dominante, come nella servitù di passaggio) e negative (realizzano il vantaggio del fondo dominante mediante limitazioni delle facoltà del proprietario del fondo servente, comportando a carico di quest'ultimo l'obbligo di astenersi dal fare ciò che rientra nelle sue facoltà, come nel caso della servitù di non edificare).

Queste distinzioni rilevano principalmente ai fini dei modi di acquisto e di estinzione della servitù.

Vediamo, infatti, che le servitù prediali possono essere costituite coattivamente ex art. 1032 c.c. (le servitù coattive hanno fonte in una sentenza costitutiva o in un atto amministrativo, che stabilisce le modalità della servitù e determini l'indennità, il pagamento della quale è contemplato quale condizione per il relativo esercizio; esse si caratterizzano per la loro inderogabile necessità e per la stretta dipendenza dai presupposti di legge, il cui venir meno ne determina l'estinzione; in presenza dei presupposti di legge - fondo intercluso; mancanza d'acqua; etc - il proprietario di un fondo ha il diritto di ottenere dal proprietario di un altro fondo la costituzione della servitù, ne consegue un obbligo legale di contrarre a carico del proprietario del fondo destinato ad essere servente) o volontariamente - mediante contratto o mediante testamento (il testatore può disporre la costituzione della servitù a carico dei beni dell'eredità; l'attribuzione di servitù a carico di beni che non rientrano nell'eredità può ricondursi nell'ipotesi di legato di cosa altrui di cui all'art. 651 c.c.), ma non anche mediante atto unilaterale *inter vivos* attesa la tipicità dei modi di costituzione delle servitù (F. Gazzoni) - o, ancora, possono nascere da fatti idonei a costituirle in conformità della legge. Questi fatti sono l'usucapione e la destinazione del padre di famiglia, modi di acquisto a titolo originario che operano come modi di costituzione delle sole servitù apparenti (art. 1061 c.c.).

Istituto peculiare delle servitù prediali è l'acquisto per destinazione del padre di famiglia (art. 1062 c.c.) che, in quanto circoscritto alle sole servitù apparenti, è tendenzialmente ammissibile anche per la costituzione di una servitù di passaggio. La servitù di passaggio conferisce il diritto di transito a persone e mezzi sul fondo servente, essa è una servitù attiva, tipica, discontinua, che richiede la presenza e utilizzazione di opere permanenti e visibili destinate specificamente al suo esercizio e che, in quanto tali, siano idonee a rivelare l'esistenza del peso gravante sul fondo servente.

La servitù per destinazione del padre di famiglia si costituisce tra due fondi formati dall'alienazione o dalla divisione di un'unica proprietà, quando lo stato dei luoghi, originariamente predisposto dall'unico proprietario, corrisponde al contenuto di una servitù a carico di un fondo e a vantaggio dell'altro.

Il fondamento di questo istituto è stato tradizionalmente ravvisato nella tacita volontà del proprietario diretta alla creazione del vincolo di assoggettamento. Aderendo a tale impostazione, la destinazione del padre di famiglia è un negozio giuridico, con conseguente applicazione della relativa disciplina sostanziale e processuale.

Autorevole dottrina (Bianca) ha criticato tale inquadramento, evidenziando che la costituzione della servitù per destinazione del padre di famiglia è un effetto legale che prescinde del tutto da un'ipotetica volontà dell'originario unico proprietario e che richiede, unicamente, la sussistenza di tutti i presupposti normativamente richiesti.

Presupposti per la costituzione di una servitù per destinazione del padre di famiglia sono: a) la precedente appartenenza dei due fondi a un unico proprietario; b) il loro possesso da parte del medesimo; c) la destinazione dell'uno a servizio dell'altro mediante la realizzazione e mantenimento di opere visibili e permanenti, che esprimono l'esistenza di un rapporto di soggezione corrispondente al contenuto di una servitù apparente. In particolare, tali opere permanenti e visibili devono sussistere al momento della cessazione di appartenenza dei fondi al medesimo proprietario, in modo da farne presumere la conoscenza da parte del proprietario del fondo servente; d) la successiva cessazione di appartenenza dei fondi all'unico proprietario.

Così, il fondamento della servitù per destinazione del padre di famiglia è stato ravvisato nell'esigenza di conservazione dello stato dei luoghi, in quanto corrispondente ad un rapporto di cooperazione fondiaria e, quindi, ad una migliore valorizzazione della proprietà fondiaria.

Ne consegue che la costituzione per destinazione del padre di famiglia non costituisce espressione di libertà di autodeterminazione negoziale, non è un negozio giuridico, ma bensì, un fatto giuridico, in quanto si tratta di un fatto volontario, da cui la legge fa derivare l'effetto costitutivo della servitù ed, in quanto tale, l'atto di destinazione non richiede la capacità di agire, necessario e sufficiente è che l'atto sia causalmente imputabile al proprietario. Pertanto, la prova dell'appartenenza dei due fondi allo stesso proprietario, dell'unicità del possesso e dell'esistenza di opere visibili e permanenti dalle quali risulti un rapporto di cooperazione fondiaria avente il contenuto proprio della servitù, nei giudizi promossi *ex art. 1079 c.c.*, può esser data con qualsiasi mezzo, anche con presunzioni e prova testimoniale.

La servitù per destinazione del padre di famiglia s'intende costituita *ope legis*, per il fatto che al momento della separazione dei fondi o del frazionamento dell'unico fondo, lo stato dei luoghi sia stato posto o lasciato per opere o segni manifesti, inequivoci ed univoci, in una situazione oggettiva di subordinazione o di servizio, che integri *de facto* il contenuto proprio di una servitù, indipendentemente da qualsiasi volontà tacita o presunta dell'originario unico proprietario nel determinarla o nel mantenerla.

Il requisito dell'asservimento – frutto della realizzazione di opere visibili e permanenti – deve, dunque, essere ricercato non già nell'intenzione del proprietario del fondo, ma bensì nella natura delle opere oggettivamente considerate, in quanto nel loro uso normale determinino il permanente assoggettamento del fondo vicino ai pesi e limitazioni proprie della servitù, creando una situazione di apparenza giuridicamente rilevante.

L'apparenza della servitù, come in più occasioni precisato dalla giurisprudenza, deve accertarsi attraverso la ricostruzione dello stato dei luoghi esistenti nel momento in cui, per effetto dell'alienazione o della divisione dell'unica proprietà, i due fondi hanno cessato di appartenere al medesimo proprietario.

Con la decisione in epigrafe, i Giudici della Corte di Cassazione sono tornati a pronunciarsi in merito alla costituzione di una servitù di passaggio per destinazione del padre di famiglia, affermando il seguente principio di diritto: “La costituzione di una servitù per destinazione del padre di famiglia ha per presupposto che due fondi, appartenenti in origine allo stesso proprietario, siano stati posti dallo stesso in una situazione di subordinazione dell'uno rispetto all'altro, idonea a integrare il contenuto di una servitù prediale e che, all'atto della separazione, sia mancata una manifestazione di volontà tale da escludere la preesistente relazione di sottoposizione di un fondo all'altro e risultino

segni visibili concretantisi in opere permanenti necessarie per l'esercizio di una servitù e rivelatrici, pertanto, della sua esistenza; in particolare nel caso di servitù di passaggio, la servitù si intende costituita quando risulti l'esistenza di una o più opere visibili destinate stabilmente all'esercizio del passaggio dall'uno all'altro fondo e non risulti in altro modo manifestata una volontà contraria al mantenimento del passaggio come fin a quel momento esercitato dall'unico proprietario".

La controversia trae origine da una domanda di accertamento della servitù di passaggio costituitasi per destinazione del padre di famiglia (artt. 1061 c.c. e 1079 c.c.), per effetto della cessione di un'area industriale appartenente in precedenza a un unico proprietario, a seguito della quale il proprietario del fondo servente aveva chiuso l'accesso al fondo, precludendo così a parte attrice l'esercizio della servitù di passaggio.

Nel giudizio di primo grado parte attrice vedeva rigettata la sua domanda, in ragione della mancanza dei presupposti per accertare l'avvenuta costituzione di una servitù di passaggio per destinazione del padre di famiglia.

Interposto appello da parte attrice, la Corte d'Appello accoglieva il gravame e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, accertava, *ex art. 1079 c.c.*, la titolarità in capo all'appellante - in quanto proprietaria del terreno confinante - del diritto di servitù di passaggio sul fondo di proprietà di parte convenuta, disponendo l'eliminazione di ogni ostacolo materiale all'esercizio di tale diritto.

A sostegno dell'adottata decisione, la Corte territoriale rilevava che la sentenza di prime cure era incongrua, perché sottovalutava l'esistenza di un ponte che, nella prospettiva della domanda formulata dall'appellante, era da considerarsi rilevante, in quanto strutturale interconnessione dei fondi attuata dal precedente unico proprietario e perché, fino ad un determinato momento, era stato utilizzato ed era suscettibile di riapertura.

Avverso la sentenza di secondo grado è stato proposto ricorso per cassazione basato su due motivi: 1) violazione e falsa applicazione dell'art. 1061 c.c., nonché omessa e insufficiente motivazione sull'elemento costitutivo della "apparenza giuridica" della servitù di passaggio; 2) omessa e insufficiente motivazione su fatti decisivi per il giudizio.

Nello specifico, la Corte di Cassazione, dopo aver ricordato i precedenti giurisprudenziali sul tema (Cass. 277/1997; Cass. 10425/2001; Cass. 3389/2009; Cass. 16842/2009), la natura non negoziale della costituzione della servitù per destinazione del padre di famiglia e aver precisato che la costituzione della servitù, *ex art. 1062 c.c.*, non richiede il fatto storico dell'esercizio della servitù stessa, perché la servitù di passaggio è una servitù discontinua, si è soffermata, in particolare, sull'accertamento del requisito dell'apparenza da cui deriva il vincolo di asservimento di un fondo a un altro.

Al riguardo, è stato evidenziato che la presenza di opere visibili e permanenti, che consentano l'esercizio della servitù, non sono di per sé sole sufficienti ad integrare il requisito dell'apparenza richiesto dall'art. 1062 c.c., quando dall'accertamento dello stato dei luoghi emerga l'inservibilità e inagibilità delle opere, nonché la mancanza di univocità della loro destinazione. Così argomentando, pur accertata la sussistenza di opere visibili (la presenza di un ponte strutturale interconnessione dei fondi), la rilevata inagibilità delle opere realizzate, la mancanza di univocità nella loro destinazione e modalità di utilizzazione, nonché l'inservibilità delle stesse, hanno indotto la Corte ad accogliere il ricorso e, per l'effetto, cassare la sentenza impugnata.

4. Rapporti tra azione di rivendica ed azione di restituzione (S.U. 7305/2014).

Dottrina e giurisprudenza si sono a lungo soffermate, dati i peculiari risvolti applicativi di cui si tratterà a breve, sui rapporti intercorrenti tra l'azione di rivendicazione e l'azione di restituzione che, com'è noto, pur tendendo al medesimo risultato pratico, rappresentato dal recupero della materiale disponibilità del bene, hanno natura e presupposti ben diversi (Cass. 24921/2010).

Si rende, quindi, opportuna una disamina di tali azioni per poterne cogliere i profili di interferenza e le radicali diversità che le connotano, riflettendosi sul piano applicativo delle stesse.

L'azione di rivendicazione, di cui all'art. 948 c.c., ha carattere reale, è imprescrittibile e si fonda sul diritto di proprietà di cui l'attore assume di essere titolare pur non avendo la materiale disponibilità del bene; trattasi di azione esperibile *erga omnes*, contro chiunque possieda o detenga di fatto il bene, la cui finalità è (principalmente) recuperatoria, ma anche di accertamento. L'attore, infatti, previa dimostrazione del suo diritto di proprietà, quale fondamento stesso dell'azione in parola, mira ad ottenere non solo il riconoscimento, *erga omnes*, del suo diritto, ma anche una sentenza di condanna al rilascio che gli consentirà di ricongiungere il possesso del bene col suo diritto di proprietà. A ben vedere, quindi, nell'azione di rivendicazione la ragione giuridica (c.d. *causa petendi*) e l'oggetto del giudizio (c.d. *petitum*) coincidono, identificandosi nel diritto di proprietà, di cui l'attore dovrà fornire la c.d. *probatio diabolica*. Il diritto di proprietà va, infatti, provato dimostrando un acquisto del bene a titolo originario da parte propria ovvero fornendo la prova di un precedente acquisto a titolo originario su cui si siano, efficacemente, appoggiati i successivi trasferimenti a titolo derivativo, fino a giungere a quello del proprio *dante causa*.

Di contro, invece, con l'azione di restituzione, che ha natura personale, l'attore non mira ad ottenere il riconoscimento del suo diritto di proprietà, del quale, pertanto, non deve fornire la prova, ma solo la riconsegna del bene. Lo stesso, quindi, potrà limitarsi alla dimostrazione dell'avvenuta consegna del bene al convenuto in base ad un titolo, quale ad esempio una locazione o un comodato, che si osservi non presuppongono necessariamente nel *tradens* la titolarità del bene, e del successivo venir meno di tale titolo per invalidità, inefficacia o suo esaurimento.

Pertanto, è unanimemente riconosciuto che, se da un lato le azioni di rivendica e di restituzione sono accomunate dal medesimo scopo pratico cui tendono (far ottenere la disponibilità materiale di un bene, della quale si è privi), dall'altro non si può mancare di evidenziare come le stesse si distinguano nettamente per la loro natura, infatti, ad un *petitum* parzialmente analogo non corrisponde una medesima *causa petendi*: la proprietà per la prima ed un rapporto obbligatorio per la seconda.

Tanto premesso, appare opportuno soffermarsi su due questioni specifiche, oggetto di contrasti giurisprudenziali, attinenti ai rapporti tra tali azioni, che hanno formato oggetto di una recente pronuncia delle Sezioni Unite.

In particolare, i quesiti posti al Supremo Consesso sono due: “se le difese di carattere petitorio opposte a un'azione di rilascio o consegna comportino la trasformazione in reale della domanda che sia stata proposta e mantenuta ferma dall'attore come personale”; se, in secondo luogo, “l'azione esercitata nei confronti di chi non accampi alcun titolo a giustificazione della disponibilità materiale del bene oggetto di controversia sia inquadrabile nell'ambito dell'azione di rivendica o, piuttosto, nell'azione di restituzione”.

Con riguardo al primo quesito, si era in un primo momento (Cass. 11774/2006) ritenuto che le ragioni dominicali fatte valere dal convenuto in giudizio fossero idonee a modificare in azione di rivendica quella di restituzione esercitata dall'attore, con la conseguenza di imporre a quest'ultimo l'onere di fornire la *probatio diabolica* per poter ottenere il rilascio o la consegna del bene.

Che dalle difese del convenuto possano derivare conseguenze di tal genere è stato, invece, negato dalla più recente giurisprudenza di legittimità per la quale “la difesa del convenuto che pretenda di essere proprietario del bene in contestazione non è idonea a trasformare l'azione personale in reale”, poiché la controversia va decisa con esclusivo riferimento alla pretesa dedotta, né la semplice contestazione da parte del convenuto può porre a carico dell'attore il più gravoso onere della prova sotteso all'azione di rivendicazione (c.d. *probatio diabolica*) (Cass. 884/2011).

Con la sentenza 7305/2014 le Sezioni Unite aderiscono a tale ultimo orientamento, stante la sua coerenza con i principi cardine del processo civile di disponibilità e di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, i quali riservano alle parti la formulazione delle loro richieste, vietando al giudice di pronunciarsi al di fuori od oltre i limiti delle domande come effettivamente proposte. Il destinatario di un'azione personale di restituzione, pertanto, può ben “contrastarla con eccezioni e domande riconvenzionali di carattere petitorio, ciò, tuttavia, non può in alcun modo consentire una *mutatio o emendatio libelli*”, preclusa allo stesso attore, se non nei limiti di cui all'art. 183 c.p.c., addossandogli un onere probatorio, *diabolico*, di cui lo stesso non si è fatto carico nell'instaurazione del giudizio.

La Suprema Corte ha, anche, precisato, nella pronuncia *de qua*, come rimanga comunque salvo il potere del giudice di qualificare esattamente la domanda attorea, anche in difformità da come prospettata dalla parte, ma avendo pur sempre riguardo alle vicende allegare dall'attore e alle richieste dal medesimo formulate.

Chiarito tale primo profilo problematico, le Sezioni Unite passano ad analizzare il secondo quesito posto alla loro attenzione ed inerente alla qualificazione giuridica delle domande di rilascio o consegna di un bene, sul quale – come detto – si era delineato, nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, un ulteriore contrasto interpretativo.

Tale problematica s'incentra sull'individuazione di quale sia il possibile fondamento delle azioni personali di restituzione; in altre parole del se, le stesse, possano fondarsi non solo sull'invalidità, o esaurimento per qualsivoglia ragione, del rapporto di natura obbligatoria in base al quale il convenuto aveva conseguito la detenzione del bene (pacificamente riconosciuto dalla unanime giurisprudenza e dottrina), ma anche sull'assoluta iniziale insussistenza di qualsiasi titolo giustificativo della disponibilità materiale della cosa da parte del convenuto (come sostenuto da alcune pronunce della Suprema Corte, tra le quali da ultimo la sentenza 17941/2013).

In termini contrari a tale ultima soluzione si è pronunciata parte della giurisprudenza (Cass. 705/2013), secondo cui ove la domanda attorea di rilascio non si fondi sul venir meno del titolo, in base al quale il convenuto detiene il bene, la stessa dovrà essere qualificata non in termini di azione di restituzione, quanto, bensì, di azione di rivendicazione.

Le Sezioni Unite aderiscono a tale ultimo orientamento valorizzando come l'azione di restituzione, *come già dice il nome*, sia diretta ad ottenere l'adempimento dell'obbligazione di ritrasferire un bene che è stato in precedenza alienato al convenuto, in forza di negozi (ad es. locazioni, depositi ecc.) che – come già anticipato – *non presuppongono necessariamente nel tradens la qualità di proprietario*.

Pertanto, ove la domanda attorea non rinvenga il suo fondamento in un precedente rapporto obbligatorio personale *inter partes*, “la stessa dovrà essere qualificata in termini di azione di rivendicazione in quanto fondata sul mero diritto di proprietà, di cui l’attore dovrà dare piena dimostrazione fornendo la richiesta *probatio diabolica*”.

La tesi opposta, infatti, comporterebbe, ad avviso del Supremo Consesso, una sostanziale vanificazione della stessa previsione legislativa dell’azione di rivendicazione, il cui campo di applicazione resterebbe praticamente azzerato, ove si consentisse di esercitare un’azione personale di restituzione nei confronti del detentore *sine titulo*.

In definitiva, la mera deduzione dell’istante di essere proprietario di un bene detenuto da altri *sine titulo*, ovvero l’allegazione di tale detenzione, non consente di qualificare come personale un’azione che, evidentemente, si fonda esclusivamente sul diritto di proprietà dell’attore, non essendo stato dedotto alcun rapporto in base al quale sia stata trasferita la detenzione del bene al convenuto e se ne richieda, quindi, la restituzione; in tal caso, infatti, l’accertamento del diritto di proprietà, il cui onere probatorio deve essere addossato all’attore, costituisce *l’antecedente logico-giuridico* necessario ed imprescindibile per decidere la consequenziale domanda di rilascio del bene detenuto dal convenuto *sine titulo*.

5. L’usucapione di azienda (S.U. 5087/2014).

Con la sentenza delle S.U. 5087/2014, la Cassazione si è occupata per la prima volta dell’ammissibilità dell’usucapione di un’intera azienda.

L’assenza di precedenti in materia ha determinato la qualificazione della controversia come “questione di massima di particolare importanza”, giustificandone la remissione al Giudice nomofilattico, nella sua massima composizione. In ragione del carattere “pionieristico” della pronuncia, per esigenze pragmatiche, si illustreranno gli effetti della medesima sui diversi profili di maggiore pregnanza del serrato confronto dialettico che ha impegnato gli interpreti in ordine all’usucapibilità dell’azienda, evidenziando, progressivamente, i “punti di rottura”, emergenti dall’iter motivazionale, rispetto al modo tradizionale di impostare e risolvere i principali aspetti della vicenda.

In premessa, è opportuno anticipare sinteticamente le conclusioni cui pervengono le Sezioni Unite: dando risalto all’inessenzialità della riconduzione ad una delle varianti moniste della concezione di azienda, al fine di ammetterne l’usucapibilità, la Cassazione ne oggettivizza l’unità economica, nonostante l’apparente immaterialità del dato organizzativo; tuttavia, pur ragionando in questi termini, non riesce a superare le criticità legate alla mancata individuazione della disciplina applicabile all’usucapione d’azienda, di cui pure afferma l’ammissibilità. La comprensione della tematica richiede, necessariamente, una preliminare, per quanto sintetica, definizione della nozione e dell’ambito di operatività dell’istituto dell’usucapione nonché del dibattito dottrinale in ordine alla natura giuridica dell’azienda.

La disciplina dell’usucapione è dettata dagli artt. 1158 e ss. c.c.. L’istituto *de quo*, tradizionalmente inquadrato tra i modi di acquisto della proprietà a titolo originario, è imperniato su un meccanismo di “attrazione personale”, in virtù del quale l’effetto acquisitivo del diritto si produce in forza del possesso continuato per un certo periodo di tempo, predeterminato dalla legge in misura variabile in base alla natura dei beni che ne costituiscono oggetto e del concorso o meno di ulteriori elementi accessori (buona fede

o male fede del possessore, possesso di un titolo astrattamente idoneo al trasferimento della proprietà o del diritto reale di godimento titolo). Gli artt. 1158 - 1162 c.c., infatti, per un verso, prevedono tempi diversi di protrazione del possesso utile ad usucapire, a seconda che lo stesso abbia ad oggetto beni immobili, fondi rustici, universalità di beni mobili, beni mobili e beni mobili registrati nonché, per altro verso, disciplinano la c.d. usucapione abbreviata.

Questa variante dell'usucapione ordinaria si atteggia come fattispecie strutturalmente complessa, nella misura in cui, accanto agli elementi indispensabili del decorso del tempo prescritto dalla legge e del possesso ininterrotto, richiede due ulteriori elementi accessori: la buona fede nel possesso e la presenza di un titolo astrattamente idoneo al trasferimento della proprietà.

Una simile complicazione strutturale rappresenta, in ottica contemporanea, il costo di una minore durata della protrazione del possesso, richiesta dalla legge, per la maturazione dell'usucapione. L'unica eccezione all'operatività dell'usucapione abbreviata, così articolata, si riscontra in materia mobiliare. In tale ambito, infatti, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1153 e 1161 c.c., la presenza della buona fede nel possessore al momento dell'immissione nel possesso e la sussistenza di un titolo astrattamente idoneo al trasferimento della proprietà o di altro diritto, in luogo del più limitato effetto di contrazione dei tempi necessari alla maturazione dell'usucapione, produce, in forza della regola del "possesso in buona fede vale titolo", ex art 1153, quello ben più significativo di acquisizione immediata, a titolo originario, del diritto di cui, di fatto, si esercitano le facoltà. Solo qualora il possessore in buona fede del bene mobile non disponga di un titolo astrattamente idoneo al trasferimento della proprietà, opera l'usucapione abbreviata decennale, ai sensi dell'art. 1161 co. 1 c.c.. L'elemento centrale, intorno al quale ruota l'istituto dell'usucapione, è il possesso. La norma di riferimento in materia è l'art. 1140 del c.c. secondo cui *il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale*. Da questa definizione si traggono i due connotati fondamentali del possesso: 1) il possesso è una situazione di fatto giuridicamente riconosciuta e tutelabile attraverso le azioni di spoglio e manutenzione, all'uopo predisposte dal legislatore (artt. 1168 - 1170 c.c.); 2) il referente di esercizio del potere deve essere *la cosa*, che del possesso costituisce oggetto. Questo secondo aspetto è quello che, in particolare, assume importanza nevralgica nel dibattito dottrinale che ha funto da "retrotterra" alla pronuncia delle S.U. della Cassazione, relativa all'ammissibilità dell'usucapione di un'intera azienda.

All'*animus rem sibi habendi*, che integra il profilo soggettivo del possesso deve corrispondere *il corpus* che, secondo una tesi tradizionale, non condivisa dalla S.U del 2014, deve presentare il carattere della materialità, unico connotato idoneo a consentire l'ingerenza diretta del soggetto su di esso, quale estrinsecazione della signoria di fatto del possessore.

La relazione di fatto con il bene, nel possesso utile ad usucapire, oltre ad essere ininterrotta per tutto il tempo necessario alla sua maturazione, secondo le indicazioni prefate, deve essere instaurata in modo non violento né clandestino, altrimenti non giova ai fini dell'acquisto a titolo originario, se non dal momento della cessazione della violenza o della clandestinità. Infine, tale possesso deve essere inequivoco nel senso evincibile dall'art. 1164 c.c. in materia di *interversio possessionis*, ossia tale da non ingenerare il dubbio nei terzi circa le effettive intenzioni di chi si trova nella disponibilità di fatto del bene.

Se il possesso in generale, e quello utile ad usucapire in particolare, è, in ultima analisi, “*potere sulla cosa*”, allora, il nodo gordiano da sciogliere per stabilire se l’azienda sia o meno usucapibile, consiste nello stabilire se la stessa sia riconducibile alla nozione di cosa. Il primo dato da considerare è di carattere sistematico e concerne la topografia del c.c. La definizione dei beni, come “*cose che possono formare oggetto di diritti*”, è contenuta nell’art. 810 c.c., disposizione d’esordio del titolo I, Libro III, della proprietà, dedicato alla disciplina dei beni in generale, colti nella diversità di regime propria delle differenti categorie di appartenenza. Per contro, la nozione di azienda si rinviene nel capo I, titolo VIII, del libro V, del lavoro. L’art. 2555, infatti, definisce l’azienda come: “*il complesso dei beni organizzati dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa*.” Trattasi di beni che hanno, chiaramente, un’essenziale valenza strumentale all’esercizio dell’attività imprenditoriale, di cui, al contempo, costituiscono il risultato, per via della continua innovazione dei mezzi di produzione cui l’attività, evolvendosi, dà luogo.

Sono, inoltre, beni di diversa natura, *corporali* (quali denaro, merci, beni mobili e immobili) ed *immateriali* (quali la ditta, l’insegna, i marchi, i brevetti), e, secondo una più ampia concezione, “*personali*” (quali le opere ed i servizi dei collaboratori dell’imprenditore) a vario titolo nella disponibilità dell’imprenditore, tutti avvinti “*dalla loro utilizzazione unitaria e coordinata al fine dell’esercizio dell’attività economica imprenditoriale*,” stretti da un’interdipendenza funzionale che compendiabile nella relativa organizzazione. Organizzazione che garantisce il mantenimento della destinazione unitaria anche tra beni di diversa natura, ed anche qualora uno di essi venga a mancare o venga sostituito, e che secondo autorevole dottrina, “*trasforma un insieme di beni in un collegamento di beni, cioè in un complesso di beni complementari, che soddisfano nel loro insieme un bisogno diverso da quello che potrebbero soddisfare separatamente, cioè il bisogno di produzione*”. Queste considerazioni potrebbero autorizzare a concludere che l’azienda, per quanto avulsa dalla disciplina dei beni, rinvienga nell’art. 2555 cc la fonte autonoma della sua qualificazione in termini di oggetto di diritti. Tuttavia, tale asserzione, per quanto giuridicamente sostenibile, non vale ancora, secondo una certa dottrina, a giustificarne la riconduzione nel concetto di “*cosa*”, suscettibile di possesso ex 1140, e, quindi, di usucapione. Per considerarla “*cosa*”, nel senso del diritto, sarebbe un passaggio indispensabile, ricomprendere i beni che la compongono nel concetto di universalità, anche sulla base di un ragionamento analogico. L’azienda, pertanto, sembrerebbe posta dal Legislatore nell’ambito delle *cose complesse*, o meglio, *delle combinazioni di cose*, in cui i beni di diversa natura che la compongono conservano una loro individualità ma che, sotto certi aspetti, subiscono un’unificazione in ragione della loro precipua destinazione economica finale e che, dal canto proprio, disvela l’imprescindibile legame con l’attività d’impresa di cui costituisce l’essenziale strumento di esercizio.

Come ha acutamente osservato un certo orientamento dottrinale, questo collegamento teleologico è talmente compenetrato che “non c’è azienda senza impresa.” Queste affermazioni vengono superate criticamente dalla Cassazione del 2014 che non ritiene decisivo qualificare l’azienda come universalità per sostenerne l’unitarietà materiale, necessaria a renderla usucapibile. Del resto, proprio la segnalata compenetrazione dell’azienda con l’impresa ha reso problematica la definizione della sua natura giuridica e, soprattutto, la possibilità di identificarla con la nozione di “*cosa*” suscettibile di possesso utile ad usucapire. Già prima dell’entrata in vigore del codice civile del 1942, il dibattito fra gli interpreti era molto acceso e le posizioni assunte molto variegate.

Nella sua essenzialità, tuttavia, ai fini della tematica di cui si discorre, è possibile ridurre il fronte della contrapposizione a due ricostruzioni: la teoria monista (o unitaria) e quella atomista. Secondo i fautori della prima tesi, l'azienda è un bene unitario, oggetto di diritti in via autonoma rispetto ai singoli beni che lo compongono; a supporto di tale concezione si adduce, soprattutto da chi lo qualifica come *universitas rerum*, il disposto letterale dell'art. 2555 c.c., che considera l'azienda come "*complesso di beni*", e dell'art. 670 c.p.c., in tema di sequestro giudiziario, che sembra equiparare l'azienda ad una universalità di beni, in particolare ad una universalità di beni mobili, a norma dell'art. 816 c.c.. Universalità di beni che, per alcuni, sarebbe un genere più ampio della sola universalità di mobili espressamente disciplinata dal codice all'art. 816 c.c., qualificandosi come un'"*universalità mista*", non essendo perciò vincolata ai requisiti dalla norma previsti, in particolare a quello della necessaria natura mobiliare dei beni ed alla disponibilità di essi a titolo di proprietà. Il riconoscimento legislativo dei concetti di usufrutto di azienda (art. 2561 c.c.) e di proprietà del complesso aziendale (art. 2556 c.c.), nonché della tutela unitaria dell'azienda dagli atti di concorrenza sleale (art. 2598 n. 3 c.c.), costituirebbero ulteriori indici a favore della prospettazione qui indicata.

Notazioni del tutto opposte vengono elaborate dagli "atomisti", per cui l'azienda costituirebbe una semplice pluralità di beni, funzionalmente collegati, così che l'imprenditore potrebbe avere una somma di diritti distinti, ciascuno sul singolo bene, ma mai un diritto autonomo sul complesso aziendale. Inammissibile sarebbe l'accostamento con le universalità di beni, anche perché l'eterogeneità dei beni e la non necessaria appartenenza di essi alla stessa persona impedirebbero l'applicabilità della disciplina delle universalità di mobili, di cui all'art. 816 c.c., così come non potrebbe ammettersi la creazione di concetti di *universitas* non codificati, poiché privi di reale significato giuridico e di ogni riferimento normativo.

Erroneo, altresì, sarebbe il riferimento all'art. 2556 c.c., in quanto, sottoponendo lo stesso la disciplina della circolazione di azienda alle norme relative alla circolazione dei singoli beni, implicitamente negherebbe come oggetto del trasferimento l'azienda intesa come unico bene. Di unitarietà del complesso aziendale potrebbe solo parlarsi nei limiti stabiliti dal Legislatore, relativamente alle disposizioni regolanti l'esercizio ed il trasferimento dell'azienda. (artt. 2555, 2562, 2565, 2573 c.c. e 670 c.p.c.). Non potrebbe parlarsi neppure di bene immateriale, dato che, tra le altre argomentazioni, l'ordinamento non offre all'organizzazione una tutela in quanto tale, poiché essa è mera relazione tra beni e non bene essa stessa.

Il dato essenziale e certo, da cui muove questa sommaria ricostruzione delle posizioni ermeneutiche contrapposte, è l'assenza del benché minimo dubbio circa il peso determinante che, l'opzione per l'uno o per l'altro ramo dell'alternativa, rivesta nella soluzione del problema relativo ai rapporti tra usucapione ed azienda.

In buona sostanza, coloro che aderiscono alla tesi unitaria ammettono l'usucapibilità dell'azienda. Connotata l'azienda quale autonomo bene giuridico, risulta conseguente la prospettazione della stessa quale bene usucapibile, poiché, in quanto *bene*, essa potrebbe formare oggetto di diritti, a norma dell'art. 810 c.c.; e questo anche se la si qualificasse come bene immateriale, dato che, se l'art. 812 co. 3 c.c. dispone che sono beni mobili tutti i beni che immobili non sono, allora l'azienda, che come bene immateriale rientrerebbe nella prima categoria, sarebbe comunque una cosa suscettibile di possesso. Peraltro, la lettura *a contrario* dell'art. 1145 co. 1 c.c., da cui si deduce che abbia effetto il possesso di cose di cui si può acquistare la proprietà, dimostrerebbe la suscettibilità di un possesso u-

nitario sull'azienda, poiché di essa l'art. 2556 c.c. esplicitamente ammette l'acquisto della proprietà. Tuttavia, la peculiarità funzionale dell'azienda implica che il possesso utile all'usucapione potrebbe maturare solo ove si possedessero i vari beni *non uti singuli ma in quanto organizzati e in funzione e per i fini dell'azienda, il che significa che il possessore non può non rivestire anche la qualifica di imprenditore*.

Diverse sono le posizioni in merito alla normativa applicabile; alcuni ritengono applicabile l'art. 1160 c.c. previsto per le universalità di mobili, in virtù del quale l'usucapione maturerebbe nel termine ventennale di esercizio del possesso continuo ed ininterrotto, o in dieci anni, alla sussistenza dei presupposti per l'usucapione abbreviata; per altri, in relazione alle imprese commerciali soggette a registrazione, potrebbe applicarsi l'art. 1162 c.c., relativo ai beni mobili registrati, che disciplina l'usucapione triennale. Per contro, è inammissibile l'usucapione del complesso aziendale nell'ottica atomistica, che ammette il possesso, e quindi l'usucapione, esclusivamente in relazione ai singoli beni componenti il complesso organizzato. A tale stregua, la relazione di fatto, fulcro intorno alla quale ruota il meccanismo di attrazione personale, può produrre l'acquisto per usucapione dei soli beni singolarmente considerati, nella decorrenza temporale prevista in relazione alla natura di ogni singolo bene. Al più, potrebbe ammettersi una facilitazione della prova per i beni mobili compresi nell'azienda, applicando analogicamente la regola dell'usucapione delle universalità di mobili (art. 1160 c.c.), per cui sarebbe sufficiente la prova di averne posseduto il complesso, non occorrendo la prova di aver posseduto i singoli beni mobili che lo compongono. Per l'usucapione dei beni mobili registrati ed immobili varrebbero invece le regole ordinarie. Quest'ultima asserzione è condivisa da chi ritiene che l'azienda possa essere, sotto certi aspetti, considerata quale oggetto unitario di disciplina, in quanto il complesso di beni ha un plusvalore rispetto alla somma dei beni singolarmente considerati; si aggiunge, altresì, che, qualora possa dirsi avvenuta l'usucapione di tutti i beni mobili aziendali a norma del 1160 c.c., ma non quella dei beni immobili e mobili registrati, potrebbe affermarsi anche che l'azienda sia usucapita quando questi ultimi non siano essenziali per il funzionamento del singolo complesso, potendone l'ex possessore rivendicarne il possesso senza intaccare il complesso produttivo autosufficiente.

Si asserisce, inoltre, da taluni che, a prescindere dalla natura giuridica dell'azienda, sarebbe impossibile affermare l'usucapibilità della stessa, dato che in tal modo si consentirebbe l'acquisizione della qualifica di imprenditore tramite uno strumento, l'usucapione, inidoneo a tale scopo.

Quanto alla giurisprudenza di merito, l'evoluzione del dibattito sul tema oggetto di disamina, è molto meno ricco ed articolato. Unico precedente è ravvisabile nel pronunciamento del Tribunale di Monza, il quale considerando l'azienda quale universalità di beni ex art. 816 c.c., ne aveva ammesso l'usucapione ventennale a norma dell'art. 1160 c.c. In questo modo, per esigenze di semplificazione e rigore normativo, veniva completamente svalutata la distinzione tra universalità di fatto ed universalità di diritto, laddove all'omogeneità dei beni che compongono la prima e alla necessaria appartenenza al medesimo titolare, fa da contraltare l'eterogeneità dei beni della seconda e la loro non necessaria appartenenza al medesimo soggetto.

Da questa differenza discende la rigorosa tipicità delle universalità di diritto, tradizionalmente individuate nell'azienda e nell'eredità. La comune destinazione funzionale dei beni componenti l'universalità, mentre nelle universalità di beni mobili ex art. 816 cc, rinviene il suo fondamento nel regime di appartenenza e nell'omogeneità dei beni che le

compongono, nelle universalità di diritto deve essere individuata e confermata dal Legislatore.

La Cassazione, dal canto suo, pur non essendosi mai pronunciata in ordine all'usucapibilità dell'azienda prima dell'arresto del 2014, in numerose pronunce ha manifestato una tendenza a privilegiare l'orientamento che qualifica l'azienda come *universitas rerum*, comprensiva delle cose materiali (beni mobili ed immobili), immateriali, dei rapporti di lavoro con il personale e di quelli commerciali con la clientela, dell'avviamento, elementi tutti unificati dalla comune destinazione all'attività imprenditoriale.

Nella sentenza delle S.U., oggetto di disamina, tuttavia, i Giudici di legittimità, rimeditando su tali arresti, puntualizzano che “questi precedenti, peraltro, se depongono univocamente per un'impostazione unitaria dell'azienda nella giurisprudenza della corte, riguardano tutti fattispecie di acquisto a titolo derivativo (quando non questioni di natura esclusivamente tributaria), per le quali esiste già una disciplina di diritto positivo, sicché la qualificazione giuridica dell'azienda ha il valore di spiegazione teorica ma non di vera e propria ratio decidendi, come avverrebbe invece se da questa definizione si volesse dedurre la diretta applicabilità dell'art. 1160 c.c., all'usucapione dell'azienda”.

La tanto attesa pronuncia delle S.U., però, pur mostrando piena consapevolezza della portata del dibattito dottrinale illustrato e del conseguente condizionamento che, secondo i diversi autori, l'opzione per l'uno o per l'altro ramo dell'alternativa dispiega in ordine al tema dell'ammissibilità dell'usucapione d'azienda, rileva come non sia decisivo, per affermare che l'azienda sia una cosa suscettibile di possesso, e quindi usucapibile, considerarla come universalità di beni o come cosa immateriale, o accogliere qualsiasi altra concezione che configuri la stessa come un bene unitario.

La Corte evidenzia, infatti, come la nozione di “cosa” non abbia valenza naturalistica ma economico-sociale, sicché, in tale diversa accezione di significato, possono essere ricompresi nella stessa “tutti quei possibili oggetti di rapporti giuridici che non hanno natura corporea.” Tra questi va annoverata, oltre ai diritti di proprietà intellettuale, proprio l'azienda. La Cassazione giunge così a respingere la tradizionale nozione restrittiva di cosa, ancorata al dato della materialità, e, per l'effetto, ammette la possibilità che oggetto del possesso, *ex art. 1140 c.c.*, siano anche cose immateriali, *genus* cui appartiene anche l'azienda. Svincolando da obsolete rigidità dogmatiche la definizione di “cosa oggetto di diritti”, diventa non decisivo, ai fini dell'ammissibilità dell'usucapione d'azienda, ricondurla alle posizioni dei monisti. L'attenzione deve focalizzarsi, piuttosto, sull'unitarietà del complesso aziendale che, a parere della Corte, sarebbe ravvisabile nell'*unità economica* impressa ai beni dall'organizzazione, alla quale ci si chiede se corrisponda un'unità anche giuridica. Se è vero che l'organizzazione non è altro che un'attività qualificata in senso finalistico (poiché rivolta all'esercizio dell'impresa) e, come tale, insuscettibile di possesso, è, però, da escludere la validità teorica dell'affermazione per cui “*non c'è azienda senza impresa*”. Pur non cancellando il suo momento genetico con l'impresa, di cui è strumento, all'azienda può essere attribuita una *connotazione oggettivata*, indipendente dal collegamento con la medesima, costituente la premessa affinché la stessa diventi oggetto di negozi giuridici e diritti. In tal senso, il codice dimostra di regolamentare svariate ipotesi in cui l'azienda può formare oggetto di autonomi diritti anche quando risulta provvisoriamente dissociata dall'esercizio dell'impresa, come nel caso dell'usufrutto o dell'affitto di azienda, o nel caso in cui sia trasmessa per causa di morte a soggetti non imprenditori. In tutte queste ipotesi

l'azienda non si disintegra, né diventa un'azienda diversa, ma si trova nella disponibilità del proprietario come *res*, senza che da parte sua vi sia l'esercizio di attività d'impresa.

A parere della Corte, quindi, è l'unità economica dell'azienda a rendere possibile la sua configurazione unitaria anche dal punto di vista giuridico: *il riconoscimento legislativo dell'unità economica dell'azienda importa implicito accoglimento di tutte le soluzioni unitarie, che non siano escluse dalla disciplina espressa contraria; in questa prospettiva, norme (2558, 2559, 2560, 2112), dettate per gli acquisti derivativi, diventano applicabili per analogia agli acquisti a titolo originario, qual è appunto l'usucapione*. Di conseguenza, non è preclusa la configurazione di un possesso dell'azienda, utile ai fini dell'usucapione; risulta solo opportuno verificare che non vi siano disposizioni codicistiche incompatibili rispetto a tale possibilità; ma la Corte afferma che *“un tale possesso è supposto in diverse disposizioni”*; come argomentato in precedenza, ogniqualvolta sia ammissibile la proprietà o un diritto reale su di un determinato bene, è altresì possibile il possesso. Poiché l'azienda può essere oggetto di proprietà (art. 2556 c.c.) e di usufrutto (art. 2561 c.c.), *“è pienamente giustificata l'affermazione che colui il quale esercita sull'azienda un'attività corrispondente a quella di un proprietario o di un usufruttuario la possiede, e, nel concorso degli altri requisiti di legge, la usucapisce. Il possesso è qui riferibile esclusivamente al “complesso dei beni” unitariamente considerato, e non già ai singoli beni, che come è noto non appartengono necessariamente al titolare dell'azienda, e seguono le regole di circolazione loro proprie”*.

Sulla base di queste argomentazioni, la Corte considera il compendio dei beni organizzati per l'esercizio dell'attività d'impresa un complesso di beni distinto rispetto ai singoli beni aziendali, e, come tale, suscettibile di essere unitariamente posseduto nonché, nel concorso degli altri presupposti richiesti dalla legge, usucapito. Rimangono da operare alcune considerazioni finali, riannodantisi alle affermazioni operate in premessa.

La Corte di Cassazione in tale fondamentale arresto, senza precedenti, desta qualche perplessità per non avere sciolto il dubbio, che pure l'ordinanza di rimessione aveva con chiarezza prospettato, in ordine alla disciplina applicabile all'usucapione dell'azienda quale bene unitario, dal momento che, avendo la Corte ritenuto di poter prescindere dallo snodo teorico della qualificazione di essa alla stregua di un'universalità di beni, non è poi chiaro se si debba concretamente far capo alla disciplina contenuta nell'art. 1160 c.c., o a quella contenuta nell'art. 1162 c.c., ovvero, e ancora, se sia prospettabile un separato acquisto per l'usucapione dell'azienda e dei singoli beni di diversa natura costituenti il complesso di cui essa si compone (art. 2555 c.c.). Nella fattispecie all'esame della Corte tale questione appariva irrilevante, dal momento che veniva in evidenza una fattispecie di possesso pacificamente ultraventennale di un esercizio di farmacia, ma è lecito domandarsi quale sarebbe stata la soluzione prescelta ove si fosse prospettata una diversa ipotesi di possesso infraventennale in mancanza di titolo idoneo al trasferimento della proprietà.

6. Abusivismo edilizio ed acquisti *ad usucapionem* (Cass. 23452/2012; Cass. 18888/2014).

Uno dei problemi posti dall'abusivismo edilizio riguarda le possibili interazioni tra tale fenomeno e le modalità di acquisto a titolo originario della proprietà con particolare riferimento all'usucapione.

I dati normativi di riferimento sono rappresentati dagli artt. 30 e 46 D.P.R. 380/2001 che riprendono la formulazione dell'art. 40 l. 47/1985. Tali disposizioni sanciscono la nullità testuale di tutti i negozi *inter vivos* ad effetti reali aventi ad oggetto edifici o loro parti, in caso di abuso edilizio, ovvero i terreni in caso di lottizzazione abusiva di tipo giuridico. Tale invalidità rappresenta una sanzione civile che si aggiunge alle altre misure previste in sede penale, amministrativa e fiscale, e, rendendo il bene in-commerciabile, persegue la finalità di reprimere il fenomeno dell'abusivismo edilizio.

La normativa in esame, però, è lacunosa perché restano irrisolte una serie di questioni che la recente giurisprudenza ha affrontato.

Prima *quaestio iuris* riguarda l'acquisto per usucapione dell'immobile abusivo.

L'usucapione rappresenta un modo di acquisto della proprietà a titolo originario basato sul possesso continuo e non interrotto, non violento, né clandestino, protratto per il tempo indicato dagli artt. 1158 ss. c.c.. Tale istituto si pone su un piano diverso rispetto agli artt. 30 e 46 D.P.R. 380/2001 che prendono in considerazione solo i modi di acquisto a titolo derivativo.

La questione è stata affrontata solo da un'unica decisione (Cass. 23452/2012) con cui la Corte di Cassazione ha fatto le seguenti precisazioni:

- per quanto riguarda l'oggetto, l'acquisto per usucapione non può riguardare l'immobile abusivo ma solo ed esclusivamente l'area di sedime su cui esso sorge;

- dal punto di vista funzionale, "l'attività di edificazione conserva la sua positiva valutabilità quale dimostrazione di possesso valido all'usucapione anche se il manufatto presenti profili di contrarietà alla legge urbanistica". Tale attività, infatti, è espressione del potere di fatto sul fondo e, per ciò solo, è suscumbibile nella nozione di possesso *ex art. 1140 c.c.*;

- dal punto di vista pubblicistico, l'acquisto per usucapione del fondo non può in nessun modo condizionare l'esercizio dei poteri autoritativi, di tipo repressivo e ripristinatorio, attribuiti dal D.P.R. 380/2001 alla P.A. avverso gli abusi edilizi. Secondo la giurisprudenza amministrativa (T.A.R. Lazio, 2606/2011), infatti, "la persistenza della struttura da 20 anni non è, in ogni caso, rilevante, essendo comunque necessario il titolo edilizio per legittimarla e non determinando il decorso del tempo la consumazione del potere sanzionatorio in capo all'Ente comunale, in presenza di un illecito permanente, quale è l'abuso edilizio".

Tali regole operazionali sono il logico sviluppo del seguente *iter* argomentativo:

- in base al principio di autonomia tra il diritto civile ed il diritto amministrativo la disciplina della regolarità urbanistica del manufatto si pone su un piano distinto, separato ed autonomo rispetto al regime proprietario dell'area di sedime sulla quale sorge;

- la *ratio legis* "mira a sanzionare l'attività edificatoria e non già gli atti di acquisto della proprietà del terreno ove l'immobile - asseritamente in contrasto con la normativa urbanistica - sarebbe edificato";

- il dato letterale delle disposizioni in commento sanciscono la nullità dei negozi *inter vivos* ad effetti reali e non è possibile estenderla all'usucapione poiché la categoria giuridica dell'invalidità è strutturalmente incompatibile con una fattispecie non negoziale. L'usucapione, inoltre, è un acquisto a titolo originario e non a titolo derivativo;

Non è possibile, neppure, valorizzare l'art. 1145 c.c., concernente l'esclusione del possesso per le *res extra commercium*, perché tale norma riguarda solo il demanio ed il patrimonio indisponibile della P.A..

Questione connessa al caso summenzionato riguarda l'applicabilità dell'usucapione abbreviata.

Sul punto non vi sono interventi giurisprudenziali anche perché la sentenza citata riguardava una questione di usucapione ordinaria. L'usucapione abbreviata, infatti, è caratterizzata dalla riduzione dell'arco di tempo necessario per l'acquisto sulla base di un *quid pluris* rappresentato dal titolo astrattamente idoneo al trasferimento della proprietà del bene. Deve escludersi l'applicabilità dell'istituto in esame alla fattispecie dell'abuso edilizio per le seguenti ragioni:

- gli artt. 30 e 46 D.P.R. 380/2001 prevedono la nullità testuale di ogni negozio *inter vivos* ad effetti reali e la sanatoria della nullità formale, consistente nella presentazione del titolo edilizio preesistente ma non indicato nel contratto, consente la produzione immediata degli effetti reali voluti dalle parti;

- l'usucapione ed il negozio nullo hanno oggetti diversi poiché l'acquisto a titolo originario riguarda la proprietà del fondo su cui sorge l'immobile e non la costruzione abusiva;

- non è applicabile analogicamente la *ratio decidendi* espressa dalla giurisprudenza (Cass. 10356/2009) in tema di donazione di beni altrui poiché, in questo caso, non c'è la semplice carenza di legittimazione traslativa dell'alienante ma la radicale nullità della fattispecie negoziale.

I rapporti tra usucapione e abusivismo edilizio presentano ulteriori risvolti in materia delle distanze tra costruzioni. Si rinvia ad altra sede (Rocco Galli, *Appunti di diritto civile*, Cedam, 2008 e Rocco Galli, *Novità normative e giurisprudenziali*, Cedam, 2012) l'approfondimento di tutte le questioni relative alla tutela, civilistica e pubblicistica, del proprietario in caso di violazione delle norme sulle distanze e sulla interpretazione dell'art. 872 c.c.. In estrema sintesi, secondo l'orientamento maggioritario (S.U. 13523/2006) "la domanda diretta a denunciare la violazione della distanza legale da parte del proprietario del fondo vicino e ad ottenere l'arretramento della sua costruzione, tendendo a salvaguardare il diritto di proprietà dell'attore dalla costituzione di una servitù di contenuto contrario al limite violato e ad impedirne tanto l'esercizio attuale, quanto il suo acquisto per usucapione, ha natura di *actio negatoria servitutis*; essa, pertanto, è soggetta a trascrizione ai sensi sia dell'art. 2653 n. 1 c.c., essendo suscettibile di interpretazione estensiva, è applicabile anche alle domande dirette all'accertamento negativo dell'esistenza di diritti reali di godimento, che a mente del successivo n. 5, che dichiara trascrivibili le domande che interrompono il corso dell'usucapione su beni immobili". A tale tutela, si aggiungono gli strumenti impugnatori e risarcitori previsti dal c.p.a. per l'illegittimo esercizio dei poteri autoritativi da parte della P.A..

La questione centrale riguarda l'ammissibilità dell'acquisto per usucapione di una servitù avente ad oggetto il mantenimento di una costruzione a distanza inferiore alle norme integrative degli artt. 873 ss. c.c. attraverso la realizzazione di un immobile abusivo.

Secondo la tesi maggioritaria (Cass. 18888/2014) a tale quesito occorre dare risposta positiva proprio alla luce del principio di autonomia tra piano civilistico e piano amministrativo poiché "il difetto della concessione edilizia esaurisce la sua rilevanza nell'ambito del rapporto pubblicistico, senza incidere sui requisiti del possesso *ad usucapionem*". Secondo la Corte di Cassazione (Cass. 3979/2013), infatti, "in tal modo viene temperato l'interesse del privato a non sottostare alla possibilità che il vicino possa agire in ogni tempo per il rispetto delle distanze legali, con la salvaguardia dei poteri riservati in materia alla P.A. che, in quanto autorità deputata al controllo del territorio, può incidere esclusivamente sul rapporto pubblicistico con il proprietario e respon-

sabile dell'abuso, reprimendo l'illecito edilizio anche attraverso l'ordine di demolizione della costruzione eseguita in assenza o totale difformità o variazione essenziale della concessione edilizia".

Resta, invece, isolato il contrario orientamento (Cass. 20769/2007) il quale esclude l'acquisto per usucapione della servitù in esame poiché si qualificano come inderogabili tutte le prescrizioni dei piani urbanistici in materia di distanze senza distinguere a seconda che esse abbiano natura integratrice o meno rispetto agli artt. 873 ss. c.c.. In altre parole, secondo la tesi in esame, tutte le norme soddisfano esigenze pubblicistiche e, per ciò solo, riguardano diritti indisponibili. Il che si pone in palese contrasto con l'orientamento maggioritario (S.U. 20107/2014) secondo cui "in tema di distanze legali, le norme degli strumenti urbanistici integrano la disciplina dettata dal codice civile nelle materie regolate dagli artt. 873 e ss. cod. civ., ove tendano ad armonizzare l'interesse pubblico ad un ordinato assetto urbanistico del territorio con l'interesse privato relativo ai rapporti intersoggettivi di vicinato sicché vanno incluse in tale novero le disposizioni del piano regolatore generale dell'ente territoriale che stabiliscano la distanza minima delle costruzioni dal confine del fondo e non tra contrapposti edifici (In applicazione dell'anzidetto principio, la Suprema Corte ha confermato la sentenza di merito che condannava il convenuto ad arretrare il proprio edificio dal fabbricato attoreo, sino al rispetto della distanza prevista quale minima dal confine dal piano regolatore generale del Comune)". Sul punto è necessario riportare anche un'altra decisione della Corte di Cassazione (S.U. 13673/2014) in tema di riparto di giurisdizione secondo cui "le controversie tra proprietari di fabbricati vicini relative all'osservanza di norme che prescrivono distanze tra le costruzioni o rispetto ai confini appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario, senza che rilevi l'avvenuto rilascio del titolo abilitativo all'attività costruttiva, la cui legittimità potrà essere valutata *incidenter tantum* dal giudice ordinario attraverso l'esercizio del potere di disapplicazione del provvedimento amministrativo, salvo che la domanda risarcitoria non sia diretta anche nei confronti della P.A. (nella specie, il Comune) per far valere l'illegittimità dell'attività provvedimentale, sussistendo in questo caso la giurisdizione del giudice amministrativo".

7. Cause interruttive del possesso *ad usucapionem* (Cass. 17213/2014).

La Corte di Cassazione, con ord. 17213 del 2014, è intervenuta sul tema delle modalità di interruzione del possesso necessario per l'acquisto del diritto di proprietà, definendo i confini tra atto interruttivo e atto giuridicamente irrilevante ai fini della continuità del possesso *ad usucapionem*.

Prima di approfondire quanto disposto dalla Suprema Corte, sembra opportuno un riferimento alla tematica del possesso e alle caratteristiche che esso deve rivestire per integrare l'acquisto del diritto reale di proprietà attraverso l'usucapione. La presente trattazione, infatti, seguirà il seguente *iter* logico: delineate le essenziali peculiarità del possesso, ci si soffermerà sull'istituto dell'usucapione, al fine di evidenziare quando dal possesso può originare la proprietà e, quando, invece, come sostenuto dall'ordinanza in commento, si verificano atti interruttivi che escludono la fattispecie acquisitiva.

Ai sensi dell'art. 1140 c.c. "il possesso è il potere di fatto sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale". Il codice del 1942 utilizza questa espressione per descrivere quella relazione materiale tra

persona e cosa, cui il diritto, fin dall'epoca romanistica, riconosce tutela e protezione. Tale relazione è considerata meritevole di tutela per l'ordinamento in sé e per sé, quale situazione di mero fatto. Il possesso è, cioè, un fatto giuridicamente rilevante.

La duplice e spesso contrastante tutela accordata al soggetto munito di titolo, nonché a colui che abbia un bene nella sua esclusiva disponibilità, si giustifica con la necessità di garantire il soddisfacimento di svariati interessi e con motivi di opportunità pratica.

Del resto, colui che assume la signoria su un bene e ne dispone in via esclusiva è normalmente l'avente diritto, ma non può di per sé escludersi che a lui non spetti il diritto che nei fatti esercita. L'ordinamento giuridico, però, al fine di preservare l'ordine sociale (turbato, ad esempio, dallo spoglio), riconosce tutela alla situazione di fatto che emerge in concreto. Infatti, fino a quando non si ottenga, con apposito giudizio, l'accertamento della realtà giuridica, è sufficiente l'esistenza di questo rapporto di potere rispetto a un bene per ottenere la protezione offerta dall'azione di reintegrazione o di manutenzione, rispettivamente contro lo spoglio o la molestia perpetrati da chiunque (artt. 1168-1170 c.c.).

Ciò che rileva, dunque, è l'avere una cosa nella propria disponibilità, essendo, nei casi menzionati, irrilevante ogni indagine circa il fondamento giuridico di quella situazione o il titolo giustificativo della stessa. Non a caso, tale protezione opera anche nei confronti dello stesso proprietario, che può essere convenuto in giudizio non come titolare del diritto sul bene, ma come autore di un comportamento illecito nei confronti di chi possedeva. La scelta del Legislatore è, infatti, in primo luogo orientata a sopire il disordine creato dallo spoglio o dalla molestia, posto che, comunque, si lascia impregiudicata ogni questione sulla legittimità del rapporto di appartenenza da farsi valere in via petitoria.

Questa tutela apprestata al possessore va letta, però, anche alla luce di un'altra considerazione. Vero è che la legge riconosce e garantisce una tutela immediata al soggetto che vanta un potere di fatto sul bene, ma la funzione delle azioni possessorie è anche indirettamente quella di garantire il proprietario (dunque, titolare del diritto sul bene), laddove sia egli stesso anche possessore. Una tale tutela immediata, infatti, meglio garantisce anche la posizione di chi vanta un diritto proprio in quanto non serve qui la prova del titolo stesso (spesso diabolica nelle azioni petitorie). In questi casi, dunque, le azioni possessorie si trasformano, come sottolineato dalla dottrina, in una "difesa avanzata" della proprietà e del dominio presunto. Infatti, il proprietario che esercita azioni possessorie, potrà fruire di una posizione assai più semplice, tempestiva ed efficace.

Per quanto attiene agli elementi costitutivi del possesso, va evidenziato che esso non può essere caratterizzato solo da una relazione materiale col bene, essendo necessario anche il c.d. *animus rem sibi habendi*, cioè l'intento di riservare a sé esclusivamente il godimento o la disposizione della cosa. Non basta, cioè, il compimento in via diretta o indiretta di atti di materiale ingerenza su una cosa in conformità al contenuto del diritto reale, ma è necessario anche che esso sia sorretto da un elemento soggettivo, definito *animus possidendi*, cioè dall'intenzione di comportarsi come titolare del diritto reale cui corrisponde l'attuazione del potere di fatto.

Il possesso, peraltro, può essere conseguito o attraverso l'impossessamento o attraverso la consegna. Nel primo caso, può avvenire mediante occupazione o spoglio, nel secondo caso con consegna (anche simbolica, si pensi alla *traditio brevi manu*) che ne attribuisce la disponibilità della cosa. Ovvio, però, che quest'ultima non integra di per sé possesso, il quale può realizzarsi solo laddove essa sia e resti costante nel tempo.

Le coordinate qui evidenziate (relazione materiale, *animus possidendi* e tempo necessario) sono le caratteristiche essenziali che permettono al possesso di esplicare una delle funzioni riconosciutagli dall'ordinamento: l'acquisto a titolo originario, per usucapione, del diritto di proprietà.

Per affrontare il tema dell'interferenza tra possesso e usucapione e soffermarsi successivamente sulla tematica degli atti interruttivi del possesso, fondamentale è una rapida disamina, senza pretesa di completezza, dell'istituto dell'usucapione. Infatti, l'analisi di quest'ultimo si presenta preliminare alla questione venuta all'attenzione della Suprema Corte.

Con l'espressione "usucapione" si indica un modo di acquisto della proprietà o di altro diritto reale a titolo originario. Rispetto all'acquisto della proprietà sui beni immobili, il Legislatore prevede il protrarsi del possesso per un periodo ventennale. Fondamento dell'usucapione, dunque, è una situazione di fatto, non di diritto, esercitata, senza interruzioni, da parte di colui che si sostituisce di fatto al reale proprietario del bene, la cui intenzione non necessariamente deve tradursi nell'*animus usucapiendi*, essendo sufficiente l'*animus* che colora il possesso (*animus rem sibi habendi*).

La giurisprudenza ha, infatti, evidenziato la necessità che il possesso sia caratterizzato da pienezza ed esclusività del potere di fatto. Occorre, dunque, il mancato esercizio del potere da parte del proprietario, per tenere ferma la incompatibilità tra il possesso e l'esercizio del diritto da parte del legittimo titolare. Infatti, è sufficiente ad escludere che il possesso corrisponda all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale, il compimento, da parte dell'effettivo titolare, di atti che, se pur privi di efficacia interruttiva, manifestino la persistenza della titolarità del diritto (ad esempio, la presentazione di una denuncia di successione, la partecipazione ad una divisione ereditaria, l'instaurazione, nei confronti di un terzo, di un giudizio di affrancazione. In tal senso, le risalenti sentenze Cass. 3464/1988; Cass. 4206/1987).

Peraltro, è stato affermato che non sussiste possesso utile ai fini dell'usucapione quando la relazione che il soggetto instaura con la cosa sia conseguenza di un atto o fatto del proprietario. In tal caso, infatti, si parla di detenzione, situazione ben distinta dal possesso che non corrisponde all'esercizio del diritto, poiché non è svolta in opposizione al proprietario. A ciò consegue che non può mai parlarsi di possesso *ad usucapionem* quando la signoria sulla cosa derivi dalla condiscendenza del proprietario, o dalla sua tolleranza (tale in quanto transitoria, saltuaria e intesa in termini di *permissio* per l'esercizio di talune facoltà al detentore), ovvero nei casi di rapporti di buon vicinato o di amicizia.

In particolare, le ipotesi di usucapione previste dal codice civile sono: usucapione dei beni immobili e dei diritti reali immobiliari (che si acquista col possesso ventennale); usucapione abbreviata (che prevede il possesso decennale in buona fede di immobile, in forza di titolo idoneo a trasferire la proprietà e debitamente trascritto); usucapione speciale per la piccola proprietà rurale (che matura col possesso quindicennale); usucapione delle universalità di mobili (sempre ventennale, ma, laddove ci sia stato acquisto in buona fede da chi non è proprietario, in forza di titolo idoneo, essa matura in dieci anni); usucapione di beni mobili (per cui, in mancanza di titolo idoneo, matura nel termine di dieci anni se il possesso è iniziato in buona fede); infine, usucapione di beni mobili iscritti in pubblici registri (qui l'acquisto in buona fede *a non domino*, in forza di titolo idoneo a trasferire la proprietà, debitamente trascritto, insieme al possesso trienna-

le, fa maturare già l'acquisto, diversamente maturabile, in assenza delle suddette condizioni, in dieci anni).

L'usucapione che qui rileva, con riferimento all'ordinanza in commento, è quella di beni immobili, anche se – va sottolineato – le regole previste per gli atti interruttivi attingono a ciascuna delle fattispecie elencate, andando a ricadere, per ciascuna di esse, nei casi di possesso interrotto e mancato acquisto del diritto.

Con specifico riferimento all'usucapione immobiliare ventennale (art. 1158 c.c.), l'unico requisito ai fini dell'acquisizione del diritto di proprietà a titolo originario è quello del possesso costante per vent'anni. Nonostante la chiarezza della norma e la mancanza di ulteriori requisiti richiesti, parte minoritaria della dottrina ha sostenuto che la fattispecie acquisitiva della proprietà potesse realizzarsi solo al momento dell'intervenuta sentenza che ne dichiarasse l'avvento. In sostanza, questa interpretazione investiva di portata costitutiva la pronuncia di accertamento, ritenuta, invece, dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie avente natura essenzialmente dichiarativa. Del resto, è proprio la legge a connotare la fattispecie acquisitiva ex 1158 c.c. della sola necessità del possesso protrattosi per vent'anni, diversamente da quanto accade ex art. 1159 c.c., in cui, invece, i requisiti per l'acquisizione decennale si compongono, oltre che del tempo del possesso, anche della intervenuta trascrizione del titolo (avente qui valenza costitutiva, poiché elemento essenziale per la realizzazione della fattispecie acquisitiva) e della buona fede del possessore.

La *ratio* giustificatrice dell'usucapione risiede nell'esigere la certezza del diritto e, in particolare, delle situazioni dominicali. Infatti, il Legislatore, nel consentire a chi riveste le caratteristiche del proprietario, pur non essendolo, e a chi gestisce economicamente i beni che pur non gli appartengono, di acquisirli in proprietà, vuole convertire una situazione di mero fatto, consolidatasi nel tempo, in una situazione di diritto piena e definitiva, che sia certa, stabile ed opponibile *erga omnes* (si pensi già solo al fatto che gli acquisti sono a titolo originario e, in quanto tali, prevalgono sempre su quelli a titolo derivativo).

Ciò detto, va evidenziato che l'usucapione può consentire anche l'acquisto di un bene in comproprietà. Infatti, la Cassazione ha chiarito che non è necessaria alcuna interversione del titolo del possesso per il comproprietario che voglia usucapire la proprietà esclusiva dell'intero bene comune. È, infatti, “sufficiente che egli eserciti sulla cosa comune un potere di fatto *uti dominus*, in modo che lo stesso risulti incompatibile con la possibilità di un godimento comune” (Cass. 12260/2002; Cass. 12961/2000; Cass. 6382/1999; Cass. 887/1999). Non a caso, la Suprema Corte ha recentemente riconosciuto la maturazione dell'usucapione sulla proprietà di una quota di un edificio in comunione, ricostruito a seguito di perimento totale, da parte dei soli comproprietari che, fin dalla edificazione della nuova costruzione, avevano occupato interamente i tre piani del palazzo, nel totale disinteresse dell'altro comunista (Cass. 12775/2008), esprimendosi in tal senso: “Ai fini della usucapione è necessaria la manifestazione del dominio esclusivo sulla *res* da parte dell'interessato attraverso un'attività apertamente contrastante ed incompatibile con il possesso altrui. L'onere della relativa prova deve così gravare su colui che invochi l'avvenuta usucapione del bene”.

Un comproprietario può, dunque, usucapire il bene comune laddove compia atti particolarmente qualificati, tali da manifestare inequivocabilmente l'*animus excludendi* a carico degli altri comunisti.

In questi casi, particolarmente rilevanti ai fini dell'approfondimento sull'ordinanza della Cassazione, è necessario che il possesso del comproprietario abbia i requisiti dell'esclusività e dell'incompatibilità con il compossesso di altri. Non basterebbe, in altre parole, una mera utilizzazione del detto bene da parte del comproprietario, più intensa o solo diversa da quella degli altri comunisti. Ciò vale a connotare questa ipotesi proprio alla luce del fatto che il diritto di proprietà è imprescrittibile e non si estingue per non uso ventennale. Risulta, dunque, indispensabile una particolare connotazione del possesso che sia in grado di evidenziare l'esclusività dell'esercizio del diritto.

A fronte di ciò, sembra opportuno, prima di affrontare la questione sottoposta all'esame della Corte, trarre le dovute conclusioni sulle caratteristiche del *possesso ad usucapionem*. L'esercizio del potere di fatto deve essere continuo e non interrotto, sorretto dall'intenzione di esercitare i poteri del diritto reale corrispondente all'uso del bene (Cass. 15446/2007). "La pienezza e l'esclusività del potere esercitato, in misura tale da rendere il possesso univoco ed idoneo al compimento della prescrizione acquisitiva, sono rimesse al giudice di merito, il cui accertamento è incensurabile in sede di legittimità, se sorretto da motivazione congrua ed immune da vizi logici e giuridici" (Cass. 1317/2004).

La giurisprudenza ha poi sottolineato che la continuità, intesa come "costanza" nell'esercizio del potere di fatto, il quale può anche presentarsi come periodico o discontinuo in relazione alle caratteristiche della cosa posseduta, è aspetto speculare alla non interruzione del possesso. In altre parole, mentre la discontinuità è un modo d'essere del possesso, che dipende dalla cosa e dall'uso che ne fa il possessore, l'interruzione individua un momento in cui termina il decorso del possesso *ad usucapionem* ed è provocata sempre da un terzo o, comunque, da una causa esterna.

L'articolato normativo di riferimento in tema di interruzione del possesso è dato dall'art. 1165 c.c., che rinvia, in quanto compatibili all'istituto dell'usucapione, alle disposizioni generali in tema di prescrizione, sospensione e interruzione (art. 2934 c.c. ss. e 2941 c.c. ss.), e dall'art. 1167 c.c., il quale prevede l'interruzione del possesso *ad usucapionem* quando il possessore sia stato privato del possesso per oltre un anno, sempre che non sia stata presentata azione diretta a recuperare il possesso e questo sia stato recuperato.

I giudici di legittimità hanno, già da anni, sottolineato la necessità di verificare la compatibilità tra le norme sull'interruzione e l'usucapione, così come disegnata dal Legislatore. È stato statuito, infatti, che non si può riconoscere effetto interruttivo in assenza della sottrazione concreta del potere di fatto sulla cosa (Cass. 14917/2001). La mera convinzione, cioè, di conservare la proprietà non rientra tra le cause interruttive o sospensive della prescrizione acquisitiva.

Ciò che vale, invece, ad ottenere l'effetto interruttivo del possesso è il riconoscimento del diritto altrui da parte del possessore (art. 2944 c.c.), quale atto incompatibile con la volontà di godere il bene *uti dominus*. Il riconoscimento, spiega la Cassazione, non deve essere necessariamente recettizio potendo risultare anche da manifestazione tacita di volontà, purché univoca, senza richiedere di essere indirizzato all'avente diritto. Del resto, non è mai sufficiente ai fini dell'interruzione una dichiarazione di scienza, essendo sempre necessaria una manifestazione di volontà di attribuire il diritto al suo titolare (Cass. 14654/2006).

In generale, invece, hanno effetto interruttivo, la domanda giudiziale ex art. 2943, primo comma, c.c., quando sia diretta a far valere la pretesa incompatibile con gli effetti

derivanti dal trascorrere del tempo e l'azione di rivendica, esperita da chi sostenga di essere proprietario nei confronti di chi possieda o detenga il bene, al fine di ottenere l'accertamento del proprio diritto e la restituzione dei beni che ne sono oggetto.

Essendo tipici gli atti interruttivi, previsti agli artt. 2943 e 2944 c.c., cui fa rinvio espresso l'art. 1165 c.c., non possono essere considerati interruttivi del possesso atti come la diffida o la comparsa di risposta.

Del resto, va fatta una distinzione di fondo tra gli atti interruttivi naturali e giudiziali. Solo i primi rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 1167 c.c. Quelli giudiziali, invece, sono tali solo se diretti a determinare la perdita materiale del potere di fatto sulla cosa. Essi, cioè, devono essere diretti *ope iudicis* ad ottenere la privazione del possesso nei confronti del possessore usucapiente (Cass. 9845/2003).

Va anche sottolineato, peraltro, che il fatto interruttivo, *rectius* l'idoneità del fatto posto a base della domanda dell'attore a interrompere il possesso *ad usucapionem*, va provato dall'attore stesso, diversamente dovendosi riversare una prova diabolica di fatto negativo (non avvenuta interruzione del possesso) a carico del convenuto che, invece, proverà il fatto positivo della continuità e costanza del possesso.

In questa cornice, è possibile inquadrare l'ordinanza della Corte di Cassazione 17213/2014. Solo alla luce, infatti, delle coordinate tracciate, risulta agevole la trattazione dell'approdo giurisprudenziale in commento.

Il caso sottoposto all'attenzione dei giudici di legittimità è il seguente. Una comproprietaria di bene comune conveniva in giudizio gli altri comproprietari per sentire dichiarare l'acquisto per usucapione di un compendio immobiliare, già oggetto di divisione bonaria di un asse ereditario all'esito della quale era stata immessa nel possesso esclusivo protrattosi per oltre venti anni. Il giudice delle prime cure aveva rigettato la domanda, avendo ritenuto non provato il possesso esclusivo del compendio e ravvisando, quale elemento di equivocità di un possesso esclusivo, l'acquisto di quote da parte degli altri comproprietari. La Corte di Appello, invece, dichiarava avvenuta l'usucapione da parte della richiedente, poiché era stato provato che, sulla base di una divisione informale tra gli eredi, era stato immessa nel possesso esclusivo del compendio immobiliare; che era stato provato l'esercizio effettivo dei poteri di proprietaria sul fondo; che gli altri comproprietari non avevano mai esercitato il possesso sul bene; che l'acquisto di alcune quote di comproprietà da alcuni coeredi non era ostativo all'usucapione, poiché una tale condotta doveva essere interpretata come finalizzata alla regolarizzazione del titolo di proprietà esclusiva e, potendo, in ogni caso, le quote essere acquistate in base a titoli diversi.

A mente della Corte di Cassazione, innanzitutto, non c'è falsa applicazione degli artt. 1165 c.c. e 2944 c.c., come prospettato in ricorso, poiché l'acquisto di quote degli altri coeredi, intervenuto tre anni prima della proposizione della causa, non costituirebbe riconoscimento dell'altrui diritto *ex art. 2944 c.c.* e, quindi, non varrebbe come atto interruttivo della prescrizione acquisitiva, perché *“è ben possibile che il possessore esclusivo di beni ereditari che non abbia ancora maturato l'usucapione intavoli trattative con gli altri eredi i quali potrebbero ancora rivendicare diritti e al fine di assicurarsi l'acquisto di tali diritti”*. Del resto, la Cassazione, con grande chiarezza, così dispone: *“ai fini della configurabilità del riconoscimento del diritto del proprietario da parte del possessore, idoneo ad interrompere il termine utile per il verificarsi dell'usucapione, ai sensi degli artt. 1165 e 2944 c.c., non è sufficiente un mero atto o fatto che evidenzia la consapevolezza del possessore circa la spettanza ad altri del diritto da lui esercitato co-*

me proprio, ma si richiede che il possessore, per il modo in cui questa conoscenza è rivelata o per fatti in cui essa è implicita, esprima la volontà non equivoca di attribuire il diritto reale al suo titolare, ben potendo la sua iniziativa essere ispirata dalla volontà di evitare lungaggini di carattere giudiziale, ovvero essere improntata a spirito conciliativo (Cass. 14654/2006; Cass. 2520/1993; S.U. 192/1987). L'applicazione dell'art. 1165 c.c., in relazione all'art. 2944 c.c., per quanto concerne l'interruzione del termine per usucapire in forza del riconoscimento da parte del possessore passa, perciò, necessariamente, attraverso una corretta interpretazione del contenuto normativo del riconoscimento, il quale richiede, tra i suoi requisiti, quello della volontà (Cass. 18207/2004)".

Il riferimento, così fatto dalla Corte, all'acquisto intervenuto prima della causa potrebbe far dubitare sulla consequenzialità dell'*iter* logico della sentenza, potendo, in astratto, ben configurarsi un acquisto avente ad oggetto il bene come atto interruttivo che denota la volontà del possessore di perdere l'esclusivo possesso a fronte dell'esercizio del diritto da parte di altri. In verità, però, anche questa considerazione lascia il tempo che trova. Infatti, i giudici motivano nel senso che l'atto di acquisto, "*nella particolare fattispecie e contrariamente al significato che normalmente si attribuisce all'atto di acquisto, non esprimeva una volontà di riconoscimento del diritto del proprietario, ma solo l'esigenza di regolarizzare, da un punto di vista meramente formale il già avvenuto acquisto della proprietà*".

Così disponendo, la Corte di Cassazione contribuisce alla copiosa presenza di approdi giurisprudenziali in tema di interruzione del possesso, ribadendo l'applicazione del principio generale: il possesso, come situazione di fatto continuata, sorretta da *animus rem sibi habendi*, può essere interrotto, con conseguente perdita del tempo trascorso ai fini dell'usucapione, solo quando uno dei due requisiti venga meno, l'effettivo possesso materiale (relazione con la cosa) o la volontà di utilizzarla alla stregua di un proprietario esclusivo.

La volontà in parola viene evidentemente meno con un atto di riconoscimento dell'altrui diritto (richiamato all'art. 2944 c.c., in ossequio al principio di tipicità degli atti interruttivi giudiziali), laddove esso si mostri in concreto come espressione della volontà di perdere il possesso, la cui sussistenza diventa dirimente ai fini della verifica dell'interruzione (come già affermato in Cass. 14654/2006).

8. La tutela possessoria del coniuge di fatto (Cass. 7214/2013).

Nell'attuale realtà politico-sociale con le espressioni "*convivenza more uxorio*" o "*famiglia di fatto*", oggi utilizzate comunemente e indistintamente, s'intende generalmente l'unione stabile e duratura di una coppia, con o senza prole, che per scelta o per necessità, decide di non affidare la stabilità del rapporto a un vincolo matrimoniale. Tuttavia, non è rinvenibile all'interno del nostro ordinamento una nozione giuridica di "*famiglia di fatto*", né una disciplina organica dell'istituto.

La convivenza "*more uxorio*" si modella sul rapporto stabile di convivenza personale e di solidarietà, secondo il modello della famiglia legittima. Dunque, non è sufficiente la sola coabitazione, essendo necessario che ricorra una relazione interpersonale e duratura, di stima, di fiducia, di natura affettiva e parafamiliare, che si espliciti in una comunanza di vita e di interessi e nella reciproca assistenza morale e materiale. Essa realizza, pertanto, una serie di relazioni che corrispondono pienamente a quelle che carat-

terizzano la famiglia legittima ed è, quindi, riconducibile nel modello della “famiglia nucleare”, quale comunità composta da un uomo e da una donna, che si uniscono stabilmente, con eventuale loro prole (Bianca).

Ciò che contraddistingue in modo inequivoco la famiglia di fatto dalla famiglia legittima è, da un lato, la circostanza che in quest’ultima sia stato contratto il matrimonio inteso come atto giuridico, formale e solenne, da cui discendono diritti e doveri regolamentati dal legislatore; dall’altro, la diversità degli effetti che scaturiscono nei rapporti tra i due *partner*.

Fin tanto che la convivenza perdura, il rapporto tra i conviventi è da questi gestito sulla base di scelte libere, sicché se i medesimi si prestano reciproca assistenza materiale e morale lo fanno per ragioni solidaristiche e non perché ne siano obbligati per effetto di una disposizione normativa.

La convivenza *more uxorio* seppur priva di qualsiasi formalizzazione del rapporto, costituisce comunque espressione della libertà di autodeterminazione nelle scelte di vita personale e, quindi, del diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia.

Mentre la dottrina tradizionale circoscrive la famiglia di fatto a quella comunione di vita che nasce dall’unione di persone di sesso diverso, diversamente, la giurisprudenza più recente ha ricondotto nell’ambito della convivenza *more uxorio* anche le unioni omosessuali, alle quali il sentimento socialmente diffuso riconosce il diritto alla vita familiare propriamente intesa (Corte d’App. Milano 7176/2012).

Il fondamento costituzionale della convivenza *more uxorio* è pacificamente individuato nell’art. 2 della Carta Costituzionale, a tenore del quale la Repubblica “*riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità*”. La convivenza *more uxorio* s’inquadra, così, nell’ambito delle “formazioni sociali” di cui alla citata norma costituzionale, decodificate in “*ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico*”, nel cui contesto deve essere garantita la libera esplicazione della personalità dell’individuo e tutelati i suoi diritti inviolabili (Corte Cost. 138/2010 e Corte Cost. 237/1986).

La convivenza *more uxorio* non è, invece, riconducibile nella nozione di famiglia tutelata dall’art. 29 Cost. che, espressamente, richiede il matrimonio. Tuttavia, com’è stato autorevolmente evidenziato, tale norma non nega dignità e rilevanza giuridica a forme naturali del rapporto di coppia diverse da quelle fondate sul matrimonio, ma si limita a riconoscere alla famiglia legittima una dignità superiore, in ragione dei caratteri di stabilità e certezza del rapporto, nonché a fronte della reciprocità e corresponsività di diritti e doveri che nascono soltanto dal matrimonio.

L’inquadramento della famiglia di fatto nell’ambito delle formazioni sociali costituzionalmente rilevanti ha consentito di ritenerla fonte di doveri morali e sociali, così, per effetto del mutato atteggiamento dell’ordinamento, che non nega più alla famiglia di fatto dignità, riconoscimento e tutela giuridica, può dirsi oggi superato quell’orientamento tradizionale che, diversamente, si connotava per un atteggiamento di assoluta chiusura e disprezzo verso le unioni di fatto, tant’è che la convivenza *more uxorio* veniva qualificata, con espressione dispregiativa, “concubinato”.

Alla riconosciuta rilevanza costituzionale della famiglia di fatto non corrisponde una disciplina normativa organica in grado di rispondere ai nuovi bisogni connessi

all'evoluzione della realtà politico-sociale-culturale e all'emersione di modelli di famiglia diversi da quella legittima.

Nonostante le sollecitazioni provenienti dal diritto comunitario, dalla CEDU e dalla giurisprudenza delle rispettive Corti, affinché gli Stati Membri adottino normative volte al riconoscimento e all'equiparazione - quanto a diritti e forme di tutela - della famiglia di fatto alla famiglia legittima, sia con riferimento alle unioni tra persone di sesso diverso, sia con riferimento alle unioni omosessuali, il legislatore italiano non sembra essersi ancora orientato in tal senso (art. 7 e 21 Carta di Nizza; artt. 8,9,12 e 24, co. 3, CEDU; in particolare, nell'ambito dell'art. 8 CEDU è stata ricondotta non solo la famiglia fondata sul matrimonio, ma anche i legami familiari di fatto tra persone di sesso diverso e tra persone appartenenti al medesimo sesso, Corte EDU, sent. 24 giugno 2010, caso *Schalk e Kopft* contro Austria).

L'impossibilità di ricondurre la famiglia di fatto nell'ambito dell'art. 29 Cost. e il suo inquadramento nell'art. 2 Cost., non consentono l'equiparazione della convivenza *more uxorio* alla famiglia legittima e, quindi, alla relativa disciplina giuridica applicabile.

Ciò in quanto la coppia che non legalizza la propria unione esercita una libertà che, volontariamente e consapevolmente, la sottrae dal complesso di impegni, diritti ed obblighi che caratterizzano l'unione formalizzata dal matrimonio. La via dell'automatica equiparazione si tradurrebbe, infatti, nell'imposizione di un modello legale a chi, invece, tale modello ha inteso rifiutare (Corte Cost. n. 8/1996).

La mancanza di una disciplina organica e di specifiche forme di tutela ha posto e pone l'interprete di fronte a delicati problemi di decodificazione e utilizzazione degli istituti di diritto comune al fine di concedere e ampliare la sfera di tutela della convivenza *more uxorio*, stante il rilievo sociale ormai assunto per l'ordinamento dalla famiglia di fatto. In tale prospettiva, si colloca l'innovativo e moderno principio di diritto enunciato dalla Corte di Cassazione, secondo cui "*la convivenza more uxorio determina, sulla casa di abitazione ove si svolge e si attua il programma di vita in comune, un potere di fatto basato su un interesse proprio ben diverso da quello derivante da ragioni di mera ospitalità; conseguentemente, l'estromissione violenta o clandestina del convivente dall'unità abitativa, compiuta dal partner, giustifica il ricorso alla tutela possessoria, consentendogli di esperire l'azione di spoglio nei confronti dell'altro quand'anche il primo non vanti un diritto di proprietà sull'immobile che, durante la convivenza, sia stato nella disponibilità di entrambi*" (Cass. 7214/2013).

La vicenda all'esame della Corte trae origine dall'azione possessoria esercitata da un *ex* convivente *more uxorio* nei confronti dell'*ex* compagna, alla quale in costanza di convivenza il primo aveva venduto la casa destinata ad abitazione comune, pur continuando a coabitare. Cessata la convivenza, la proprietaria al fine di conseguire la disponibilità dell'unità immobiliare aveva fatto ricorso alla forza pubblica denunciando la commissione di reati da parte dell'*ex* convivente (quali tentativo di furto e violazione di domicilio) e riuscendo così ad ottenere tramite i carabinieri la consegna delle chiavi dell'appartamento. Pertanto, il convivente estromesso agiva in possessoria contro l'*ex* partner e nei due gradi del giudizio di merito vedeva accolta la sua domanda, sul presupposto della sussistenza, nel caso di specie, di un "compossesso" e non di una mera detenzione che, in quanto tale, non è suscettibile di tutela reintegratoria. Avverso la sentenza di secondo grado è stato proposto ricorso per cassazione, rigettato dalla Suprema Corte che, con la sentenza in epigrafe, conferma la sussistenza di una situazione giuridica tutelabile con i rimedi possessori, ma corregge la decisione del giudice *a quo* in pun-

to di qualificazione giuridica della relazione tra l'*ex* convivente *more uxorio* e l'unità immobiliare, riconducendola nell'alveo della detenzione qualificata di cui all'art. 1168 co. 2 c.c..

Nello specifico, la giurisprudenza ha affrontato la delicata questione relativa all'incidenza della famiglia di fatto in materia di tutela possessoria, poiché nel nostro ordinamento non è rinvenibile una norma che estenda specificamente la tutela possessoria ai componenti della famiglia non fondata sul matrimonio.

La questione ha investito la qualificazione della natura del rapporto giuridico intercorrente tra l'*ex* convivente e la casa familiare di proprietà del partner, ossia se il convivente *more uxorio* possa essere qualificato compossessore, in forza del semplice fatto della convivenza o, invece, mero ospite, che non può esercitare alcun potere sulla cosa altrui, o, ancora, detentore qualificato in virtù della stabilità della convivenza *more uxorio*. Dalla diversa qualificazione della natura giuridica del rapporto intercorrente tra *ex* convivente *more uxorio* e *res* derivano significative conseguenze sul piano della tutela accordabile. Pertanto, appaiono d'obbligo alcune considerazioni di ordine generale sulla distinzione tra possesso e detenzione.

Il codice civile definisce il possesso come il potere materiale sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale (art. 1140 c.c.). Si tratta, dunque, non di un diritto, ma di una situazione di fatto giuridicamente rilevante, da cui va tenuta distinta la posizione giuridica di vantaggio che ne scaturisce ovvero il diritto al pacifico godimento del bene (c.d. *ius possessionis*), quale diritto a non subire spoglio o turbative o molestie o minacce da parte di terzi. Il diritto al pacifico godimento del bene non è un diritto sulla cosa, ma il riflesso della tutela possessoria.

Secondo la prevalente dottrina e la giurisprudenza, sotto il profilo strutturale, il possesso richiede: un elemento oggettivo rappresentato dalla relazione di fatto con il bene, la c.d. *possessio corporis*, ossia una relazione materiale con la cosa, che si diversifica in base alla natura o alla destinazione di quest'ultima e si traduce in un comportamento rivelatore anche all'esterno di una indiscussa e piena signoria di fatto su di essa; un elemento soggettivo che qualifica tale relazione, accompagnandola con l'intenzione di tenere la cosa come propria o di esercitare il diritto come a sé spettante, indipendentemente dalla conoscenza che si abbia del diritto altrui e del regime giuridico del bene su cui si esercita il potere di fatto, il cd. *animus rem sibi habendi*.

Il possesso, inoltre, è esercitabile direttamente o per il tramite di un'altra persona che abbia la detenzione della cosa (c.d. possesso indiretto o mediato), intesa come materiale disponibilità del bene disgiunta dall'*animus rem sibi habendi*. Gli artt. 1140 co. 2 e 1141 c.c. individuano come situazione soggettiva diversa dal possesso, la detenzione, che consiste nella disponibilità di fatto della *res* in nome altrui (riconoscendo, cioè, l'altrui possesso, pieno o minore che sia). L'inciso "in nome altrui" evidenzia che il potere sulla cosa è subordinato al potere di un altro soggetto, il possessore, e dipende da quest'ultimo in termini di autorizzazione, concessione, etc.

La detenzione consiste, dunque, nell'avere la disponibilità di una cosa e/o la possibilità di utilizzarla tutte le volte che la si desidera, pur nella consapevolezza che essa appartiene ad altri, ai quali comunque si deve render conto (cd. *animus detinendi*).

La detenzione presuppone, quindi, un rapporto specifico del detentore con il possessore, che si traduce nell'attribuzione di un diritto personale di godimento o in un'obbligazione, e trova il suo fondamento in un apposito titolo.

La detenzione si distingue in: qualificata o nell'interesse proprio (come è, ad esempio, la detenzione del conduttore e del comodatario), attributiva di un diritto personale di godimento del bene; non qualificata o nell'interesse altrui (con riferimento alle ipotesi in cui un soggetto detiene nell'adempimento di obblighi verso altri, come, ad esempio, il depositario e il mandatario), attributiva di un potere di gestione nell'interesse altrui; detenzione per ragioni di ospitalità o per ragioni di servizio o lavoro, (come ad esempio nell'ipotesi in cui venga prestata la casa ad un amico o venga ospitato per un certo periodo di tempo), ove il detentore tiene la cosa a disposizione del possessore, che ne conserva il controllo diretto con facoltà di restituzione in ogni tempo.

La distinzione tra le varie figure di detenzione rileva ai fini della disciplina e della tutela accordate: il detentore qualificato può avvalersi, al pari del possessore, dell'azione di spoglio di cui all'art. 1168 c.c. (se in buona fede, farà suoi i frutti della cosa); il detentore non qualificato può esercitare l'azione di spoglio solo nei confronti di terzi e non anche nei confronti del possessore, al contrario di quanto riconosciuto, invece, al detentore qualificato (Cass. 99/2013); al detentore per ragioni di ospitalità o per ragioni di servizio o lavoro, invece, non compete alcuna azione.

In passato, considerato che la convivenza *more uxorio* costituiva una situazione di fatto non riconosciuta e giuridicamente non tutelata, ma al più socialmente tollerata, il convivente *more uxorio* - nell'utilizzo della casa familiare già nella disponibilità dell'altro in forza di un titolo reale o personale - veniva sostanzialmente assimilato al detentore per ragioni di ospitalità, con conseguente esclusione della legittimazione attiva all'azione di spoglio (art. 1168 c.c.) nei confronti dell'*ex partner*. Com'è stato più volte affermato dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalenti, il solo fatto della convivenza non pone di per sé in essere, nelle persone che convivono con chi possiede il bene, un potere sulla cosa che possa essere configurato come possesso autonomo o come sorta di compossesso (Cass. 2555/1974; Cass. 8047/2001). Pertanto, al convivente *more uxorio*, in quanto ospite, veniva accordata tutela solo verso i terzi.

Successivamente, in ragione della nuova dimensione e dignità progressivamente assunte dalla convivenza *more uxorio*, la giurisprudenza inizia, con prudenza, ad affermare che la relazione di fatto tra i conviventi all'interno della casa, dove si concretizza la vita familiare, non può più essere assimilata all'ospitalità (titolo giuridicamente irrilevante), in quanto tale interpretazione si pone in contrasto con la mutata percezione sociale e rilevanza giuridica della famiglia di fatto (Cass. 9786/2012; Cass. 2753/1971).

A tale orientamento giurisprudenziale ha aderito la Suprema Corte nella sentenza in epigrafe, rispetto al quale, però, si presenta un profilo di assoluta novità, consistente nell'aver assimilato la figura del convivente *more uxorio* a quella del detentore qualificato.

Secondo la Corte, la convivenza *more uxorio* determina sulla casa di abitazione, ove si svolge il consorzio di vita familiare, un potere basato su di un interesse che non coincide con quello derivante dalle ragioni della mera ospitalità, sicché l'estromissione effettuata in modo violento e clandestino ai danni dell'*ex convivente more uxorio*, ben giustifica il ricorso alla tutela possessoria di cui all'art. 1168 c.c..

Il convivente *more uxorio* non ha, a giudizio della Corte, un rapporto con l'abitazione precario e passeggero, come accade, invece, per l'ospite, perché la convivenza stabile e prolungata per un periodo di tempo significativo nell'unità immobiliare dà vita ad un potere di fatto basato su di un interesse proprio del convivente, tale da assumere i connotati tipici di una detenzione qualificata, con conseguente riconoscimento della tutela possessoria.

Viene, ulteriormente, evidenziato che la detenzione qualificata del convivente *more uxorio* trova il proprio titolo giustificativo nella famiglia di fatto, quale negozio giuridico di tipo familiare, la cui rilevanza sul piano della giuridicità è custodita dalla Costituzione.

Assimilato al detentore qualificato, il convivente *more uxorio* nel giudizio *ex art. 1168 co. 2 c.c.* sarà soggetto al medesimo onere probatorio gravante sul primo e, pertanto, sarà tenuto a provare il titolo da cui trae origine la propria detenzione - la sussistenza di una convivenza stabile e duratura accompagnata da una comunanza di vita e interessi e nella reciproca assistenza morale e materiale - che può esser data con qualsiasi mezzo, anche con presunzioni. Ciò in quanto, nel giudizio *ex art. 1168 c.c.* non è in discussione l'effetto del negozio giuridico in virtù del quale si detiene il bene, ma il fatto storico della detenzione, il modo con cui la *res* è pervenuta nella disponibilità materiale del detentore, nonché la misura del potere di fatto esercitato.

Nella medesima pronuncia, la giurisprudenza ha, inoltre, precisato che il rimedio della tutela possessoria non è utilizzabile da colui che intenda recuperare l'esclusività del godimento della casa familiare al venir meno della convivenza *more uxorio*, ciò perché il detentore qualificato che non restituisce il bene allo spirare del titolo commette un mero inadempimento e non uno spoglio, legittimando così l'azione di restituzione e non l'*actio spolii* (Cass. 3700/1995).

Ancora, è stato evidenziato che i principi di correttezza e buona fede, riconducibili al dovere di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., trovano applicazione anche con riferimento ai rapporti intercorrenti tra i conviventi *more uxorio*, in quanto principi generali dell'ordinamento. Pertanto, il legittimo titolare del bene immobile è tenuto, prima di avviare ogni iniziativa volta al legittimo recupero del proprio bene, ad avvisare l'*ex partner* e concedergli un congruo termine per reperire altra sistemazione.

Nel 2014, la Suprema Corte è nuovamente intervenuta in tema di tutela possessoria del convivente *more uxorio*, estendendo analogicamente il principio di diritto affermato con la sentenza 7214/2013 anche ai casi in cui lo spoglio sia compiuto da un terzo nei confronti dell'*ex convivente* del detentore qualificato del bene (Cass. 7/2014).

9. Nuovi approdi sul pegno regolare ed irregolare (Cass. 3674/2014).

Nell'ambito dei diritti reali è possibile distinguere tra diritti reali di godimento (usufrutto, enfiteusi, superficie, servitù, uso e abitazione, ai quali si affianca il diritto reale fondamentale, quello di proprietà), che attribuiscono determinate facoltà di godimento sui beni, e diritti reali di garanzia (pegno, ipoteca, privilegio), che assolvono ad una funzione di assicurare maggiori probabilità di soddisfazione coattiva del credito.

Tali diritti sono caratterizzati dai requisiti della assolutezza, in quanto possono essere fatti valere *erga omnes*; della immediatezza, in quanto il loro esercizio prescinde dalla cooperazione di un altro soggetto; della inerenza alla *res* con conseguente opponibilità del vincolo a chiunque ne acquisti la titolarità.

Il pegno si caratterizza, oltre che per la realtà, anche per l'indivisibilità, che si manifesta nel fatto che, da un lato, l'intera cosa data in pegno garantisce il credito e, dall'altro, che l'intero credito è garantito sino a quando non viene estinto (l'istituto della riduzione delle ipoteche, stante la sua eccezionalità, non è applicabile analogicamente al pegno), e per l'accessorietà, in quanto accede ad un rapporto obbligatorio principale.

Il diritto del creditore pignoratorio nasce con un contratto, ma ai fini del perfezionamento si richiede lo spossessamento per i beni mobili e la notifica al debitore per i crediti. Si ammette un contratto senza spossessamento e, quindi, un contratto consensuale e non reale, con conseguente possibilità per il creditore pignoratorio di ottenere la consegna *ex art. 605 e ss c.p.c.*. A tal fine si valorizza l'art. 1822 c.c., relativo alla promessa di mutuo, espressivo di un principio generale che depone a favore di forme consensuali dei contratti reali.

Il pegno, a differenza dell'ipoteca, che ricade su beni immobili, può avere ad oggetto beni mobili, universalità di mobili, crediti e altri diritti aventi ad oggetto beni mobili. Questo si costituisce con contratto che, ai sensi dell'art. 2787 c.c., deve risultare da atto scritto avente data certa e contenente una sufficiente indicazione del credito e della cosa.

Il creditore pignoratorio, ai sensi dell'art. 2789 c.c., laddove perda la disponibilità materiale del bene è legittimato ad esperire le azioni possessorie e l'azione di rivendica, se questa spettava al concedente. In quest'ultimo caso viene in rilievo un'ipotesi di sostituzione processuale, in quanto il creditore pignoratorio agisce *non iure proprio* ma *iure alieno*. Nonostante costui sia possessore non può usare né disporre delle cose date in pegno (art. 2792 c.c.), salvo che ciò sia necessario per la loro conservazione e salvo patto contrario. Tuttavia, se queste costituiscono beni fruttiferi, in base all'art. 2791 c.c. il creditore può fare suoi i frutti imputandoli prima alle spese, poi agli interessi ed infine al capitale, salvo diversa pattuizione.

Effetto principale del pegno è quello di consentire al creditore di rivalersi con prelazione sulla cosa ricevuta, facendo proprio il danaro o vendendo le cose e trattenendo il ricavato fino a concorrenza del suo diritto, restituendo l'eventuale supero al costituente.

Profili di specialità rispetto alla figura generale di pegno di cui agli artt. 2784 e ss c.c. presenta il pegno irregolare *ex art. 1851 c.c.*, avente ad oggetto danaro o beni fungibili che il proprietario acquista in proprietà, impegnandosi a restituire la parte che eccede l'ammontare del credito garantito.

Nonostante la collocazione sistematica del pegno irregolare nell'ambito dei contratti bancari ed, in particolare, dell'anticipazione bancaria, si tratta di un istituto applicabile anche al di fuori dei suddetti contratti. Il contratto di pegno irregolare è un contratto reale ad effetti reali e ad effetti obbligatori con cui il concedente consegna e trasferisce al creditore la proprietà di danaro o di altri beni fungibili a fronte dell'obbligo di restituire il *tantundem eiusdem generis et qualitatis*, a seguito dell'adempimento dell'obbligazione garantita, o a fronte della restituzione dell'eccedenza dell'ammontare dei crediti garantiti, in caso di inadempimento.

Quanto alla sua natura giuridica, si tratta di una *species* del pegno regolare, alla cui disciplina occorre attingere in caso di lacune normative.

Taluni ravvisano nel pegno irregolare, oltre che una funzione di garanzia, anche una funzione solutoria di *datio in solutum* sottoposta alla condizione risolutiva dell'adempimento del debitore. Infatti, costui con il proprio adempimento può porre nel nulla gli effetti della costituzione della garanzia e chiedere l'equivalente delle cose consegnate. Ma a tale ricostruzione si obietta la contraddittorietà tra l'intento di garantire un'obbligazione e quello di estinguerla con la *datio*. Del resto, l'esistenza della garanzia presuppone necessariamente l'esistenza del debito a cui si riferisce: se questo viene meno con la *datio*, anche la garanzia viene meno.

Secondo una diversa ricostruzione il pegno irregolare crea un rapporto di mutuo, preordinato ad una futura possibile compensazione tra il credito garantito ed il debito di

restituzione dei valori ricevuti in pegno irregolare. Si tratta di uno speciale rapporto che ha la struttura del mutuo e la funzione di garanzia, in quanto esso si concreta nella dazione di una somma di danaro, con facoltà del creditore di disporre e con l'obbligo correlativo di restituire il *tantundem* solo al momento in cui il credito, a garanzia del quale il pegno è stato costituito, verrà soddisfatto.

Un diverso orientamento, invece, ricostruisce il pegno irregolare in termini di trasferimento della proprietà in funzione di garanzia. Tale impostazione consente di individuare la funzione di tale istituto non già nel venir meno dell'interesse del creditore all'adempimento, quanto piuttosto nell'interesse dello stesso di evitare le lungaggini ed i costi delle procedure esecutive per conseguire l'equivalente economico della prestazione rimasta inadempita. Infatti, il creditore dispone, in caso di inadempimento, in via autonoma, senza il concorso del debitore ed al di fuori del concorso di altri creditori, di un mezzo di soddisfacimento del credito diverso dall'adempimento, potendo semplicemente trattenere in via definitiva la proprietà delle cose ricevute in pegno, limitandosi a restituire solo l'importo o la parte di merci o di titoli che eccede l'ammontare dei crediti garantiti in relazione al valore degli stessi al tempo della scadenza del credito garantito.

L'art.6 co. 2 d.lgs. 170/2004 ha sancito l'inapplicabilità dell'art. 2744 c.c. (relativo al divieto di patto commissorio) ai contratti di garanzia finanziaria, che prevedono il trasferimento della proprietà in funzione di garanzia, benché, con riferimento al pegno irregolare, la previsione dell'obbligo di restituire l'eccedenza del valore della garanzia fosse di per sé sufficiente ad escludere la violazione del divieto di patto commissorio.

Elemento comune a pegno ordinario e a pegno irregolare è la funzione di garanzia, mentre il *discrimen* è da rintracciare nell'oggetto, che nel primo caso è infungibile, mentre nel secondo è costituito da beni fungibili.

Quanto allo strumento di realizzazione della garanzia, nel pegno regolare il creditore è titolare di un diritto di prelazione che si concreta nella possibilità di fare espropriare e vendere il bene oggetto della garanzia e di soddisfarsi sul ricavato, mentre nel pegno irregolare il bene è passato in proprietà al creditore e si realizza la soddisfazione del creditore attraverso un atto di autotutela senza l'attivazione di un procedimento esecutivo.

Con riferimento alla disciplina applicabile al pegno irregolare, si è osservato che le norme sul pegno regolare sono applicabili per gli aspetti inerenti alla funzione di garanzia, mentre le norme sul mutuo operano per effetti, quali il trasferimento della proprietà e la restituzione del *tantundem*. Dubbia è l'applicabilità dell'art. 1849 c.c. al pegno irregolare. Infatti, tale norma riconosce al contraente la facoltà di ritirare i titoli e le merci date in pegno anche prima della scadenza del contratto, salvo che il credito residuo risulti insufficientemente garantito, mentre il pegno irregolare si connota per il trasferimento della proprietà dei beni al creditore. Tuttavia taluni riconoscono l'applicabilità del principio di divisibilità di cui all'art 1849 cc laddove le caratteristiche del credito garantito lo consentano.

Per converso non vi è dubbio sull'inesistenza dell'art. 2787 co. 3 c.c. al pegno irregolare e sulla inoperatività del meccanismo di cui agli artt. 2796 e 2798 c.c.. L'art 2787 c.c. riconosce al creditore di farsi pagare con prelazione sul bene ricevuto in pegno, ma solo se questo risulta da scrittura con data certa che contenga la sufficiente indicazione del credito e della cosa. Nel pegno irregolare, invece, non rileva tale profilo perché il creditore ha acquistato la proprietà sui beni fungibili con esclusione del concorso con altri creditori. Non vi è per il pegno irregolare la necessità che l'atto scritto,

munito di data certa, contenga anche una sufficiente indicazione del credito e della cosa data in pegno, in quanto a tutelare i diritti degli altri creditori e ad evitare possibili frodi in loro danno operano i principi di cui all'art. 2914 n°4 c.c. (che prevede l'inopponibilità al creditore pignorante degli atti di alienazione di beni mobili di cui non sia stato trasmesso il possesso anteriormente al pignoramento, salvo che risultino da atto munito di data certa).

Ai fini della configurabilità di un pegno irregolare si richiede che oggetto della garanzia siano beni fungibili ma anche che in via alternativa non siano stati oggetto di individuazione o che sia stato previsto dalle parti la facoltà del creditore di disporvi e che, quindi, i beni siano passati in sua proprietà. L'elencazione tassativa dei beni ex art. 1851 c.c. (titoli, merci, danaro) assolverebbe alla funzione di consentire alle parti di calcolare il valore al quale effettuare la compensazione, impedendo l'elusione del divieto di patto commissorio, sebbene si osservi che il rischio di violazione dell'art. 2744 c.c. viene escluso dall'obbligo del creditore di restituire l'eccedenza del credito garantito.

Nell'ambito della tematica del pegno e del suo oggetto rileva il profilo della sostituibilità dello stesso a mezzo di clausole di rotatività. In realtà, il problema non si pone per il pegno irregolare, il cui oggetto è costituito da beni fungibili trasferiti in proprietà al creditore, quanto piuttosto per il pegno regolare, con riferimento al quale la giurisprudenza di legittimità ha individuato gli elementi in presenza dei quali le pattuizioni di rotazione sono ammissibili. In particolare, si richiede: che i beni offerti in sostituzione siano effettivamente consegnati al creditore o al terzo designato; che la consegna risulti da atto scritto con data certa in cui siano stati determinati sufficientemente i nuovi beni; che il valore dei beni in sostituzione non sia superiore al valore dei beni originariamente dati in pegno; che la suddetta pattuizione preveda tempi e modalità della sostituzione.

In tal caso oggetto della garanzia reale non è un bene specifico, ma un valore economico che deve restare immutato e, pertanto, si parla di pegno di valore. Il patto di rotatività non dà luogo ad una fattispecie a formazione progressiva, come il pegno su cosa futura che trae origine dall'accordo delle parti e si perfeziona con la venuta ad esistenza della cosa e con la consegna di questa al creditore. Infatti, la sostituzione dell'oggetto originario del pegno non importa una novazione del rapporto originario di garanzia ma una mera continuazione di questo.

L'ammissibilità del pegno rotativo ha trovato riconoscimento nel d.lgs 170/2004, con cui il legislatore italiano ha dato attuazione alla direttiva comunitaria in materia di contratti di garanzia finanziaria.

Tanto puntualizzato, quanto all'irregolarità del pegno, se questa non è configurabile quando la cosa è infungibile, non è tuttavia sufficiente la sola natura fungibile del bene. Invero, ciò che rileva ai fini della configurabilità del pegno come irregolare non è solo la natura della cosa in oggetto, ma anche la volontà delle parti di conferire al creditore la facoltà di disporre del bene per soddisfare il suo diritto. L'individuazione dei beni oggetto di pegno non impedisce che sia integrato il secondo requisito relativo all'attribuzione al creditore garantito della facoltà di disporre dei beni, con il conseguente acquisto della proprietà del danaro o dei beni destinati al momento dell'adempimento ad essere restituiti per l'equivalente e, in caso di inadempimento, nella misura eccedente l'ammontare del credito garantito. Laddove manchi il conferimento della facoltà di disporre, la legge attribuisce all'individuazione il significato di riserva di proprietà in capo al costituente la garanzia, rientrandosi in questo caso nell'ambito del pegno regolare.

Per stabilire se si è innanzi ad un pegno regolare o irregolare occorre avere riguardo, pertanto, alla concreta volontà delle parti da interpretare alla luce di taluni indici sintomatici, quali i rapporti pregressi, l'origine del credito, la qualifica soggettiva del creditore, il tipo di beni dati in pegno e la maggiore o minore specificazione di questi.

La giurisprudenza di legittimità (Cass. 3674/2014), nel ribadire principi già espressi in precedenza, ha precisato che si rientra nella disciplina del pegno irregolare, qualora il debitore, a garanzia dell'adempimento della sua obbligazione, abbia vincolato al suo creditore un titolo di credito o un documento di legittimazione individuati, conferendo a quest'ultimo anche la facoltà di disporre del relativo diritto, così come delineato dall'art. 1851 c.c. (in base al quale il creditore garantito acquisisce la somma portata dal titolo o dal documento, che dovrà restituire al momento dell'adempimento o, in caso di inadempimento, dovrà rendere per quella parte eccedente l'ammontare del credito garantito, determinata in relazione al valore delle cose al tempo della relativa scadenza).

Pertanto il pegno irregolare determina, in caso di adempimento, non l'obbligo di restituire l'*idem corpus*, cioè i medesimi titoli ricevuti, ma il *tantundem eiusdem generis et qualitatis* e, in caso di inadempimento, l'obbligo di restituire *res eiusdem generis et qualitatis* per l'eventuale eccedenza tra il valore delle cose al momento della scadenza del credito garantito e l'importo di quest'ultimo, con conseguente trasformazione della restituzione da obbligazione di specie in obbligazione di genere.