GIUSTIZIA INSIEME

Diritto Civile

Diritto d’uso esclusivo di parti comuni dell’edificio in ambito condominiale: la volontà dei privati alla luce del principio del numero chiuso dei diritti reali

Nota a Cass., sez. un, n. 28972 del 17/12/2020

di Francesco Taglialavoro

26 gennaio 2021

Diritto d’uso esclusivo di parti comuni dell’edificio in ambito condominiale: la volontà dei privati alla luce del principio del numero chiuso dei diritti reali (nota a Cass., sez. un, n. 28972 del 17/12/2020)

di Francesco Taglialavoro

Natura, limiti e opponibilità del diritto di uso esclusivo su beni comuni: il passo indietro delle Sezioni Unite tra prassi negoziale e rispetto della dogmatica civilistica.

Sommario: 1. Introduzione – 2. Astrazione dal caso concreto: dalla vicenda all’esame della Corte alle vicende della prassi negoziale – 3. I precedenti giurisprudenziali – 4. La decisione delle Sezioni unite – 4.1.Riconducibilità dell’uso esclusivo a un diritto reale tipico – 4.2.La compatibilità dell’uso esclusivo con la regola dettata dall’art. 1102 cod. civ. – 4.3 L’uso esclusivo quale diritto reale atipico – 4.4 La natura del diritto d’uso esclusivo – 5. Corollari applicativi e conclusioni.

1. Introduzione

È valida la convenzione con la quale si attribuisce a un condòmino l’uso esclusivo di un bene presuntivamente comune? Tale diritto può essere trasferito a titolo particolare ed è opponibile anche ai terzi?

In una assai articolata decisione, le Sezioni unite passano in rassegna oltre cinquant’anni di precedenti giurisprudenziali, concludendo per l’inconfigurabilità del diritto reale di uso esclusivo.

La sentenza in commento si lascia apprezzare per la estrema completezza dei richiami giurisprudenziali, nonché per il rigore col quale misura la prassi contrattuale alla luce delle fondamentali categorie dogmatiche in tema di diritti reali c.d. minori.

La Suprema Corte, tuttavia, è fin troppo sintetica nel delineare le conseguenze applicative della propria – in apparenza dirompente – decisione: da un lato, infatti, gli orientamenti esposti sono offerti in lettura in modo torrentizio, col risultato di “spiazzare” il lettore e condurlo, in modo poco consapevole, in un percorso di contrapposizioni non del tutto chiare; dall’altro, la sentenza dedica 33 pagine alla demolizione del “*diritto reale*” di uso esclusivo, riservandone soltanto due alla “*sorte del titolo negoziale che, invece, tale costituzione abbia contemplato*”.

Il ruolo dell’interprete appare quindi particolarmente importante: si tenterà, quindi, una ricostruzione schematica della principale giurisprudenza richiamata, distinguendo tra orientamenti complementari ed essenziali, questi ultimi organizzati in ragione delle reciproche contrapposizioni.

2. Astrazione dal caso concreto: dalla vicenda all’esame della Corte alle vicende della prassi negoziale

Tre soggetti sono comproprietari di un immobile costituito da sei unità (tre a uso commerciale e tre a uso residenziale) oltre che da un cortile retrostante e da un’area antistante ai locali commerciali.

La comunione ordinaria viene sciolta e, in base all’atto di divisione, uno dei tre soggetti diviene proprietario (fra l’altro) di uno dei locali commerciali “*con l’uso esclusivo della porzione di corte antistante*”; costui, in seguito, aliena il locale ad un altro soggetto, specificando nell’atto di vendita che l’alienazione comprende “*l’uso esclusivo della porzione di corte antistante*”.

I successivi acquirenti degli altri appartamenti citano in giudizio il proprietario del locale commerciale, sostenendo che quest’ultimo si fosse indebitamente appropriato dell’area comune *condominiale* antistante al negozio; il convenuto resiste in giudizio, richiamando a supporto la pattuizione con la quale gli era stato trasferito non solo il diritto di proprietà sul negozio ma anche l’uso esclusivo della corte a esso antistante.

Quid iuris?

La difesa del convenuto risulterebbe fondata ove si potesse qualificare l’invocata pattuizione e, prima di essa, l’originaria pattuizione di cui all’atto di divisione: i) o come in realtà traslativa del diritto di proprietà sull’area in questione; ii) o come costitutiva di un diritto reale atipico di uso esclusivo; iii) oppure quale particolare modalità di disciplina dell’uso delle cose comuni.

Al contrario, ove si interpretassero quelle pattuizioni come costitutive del diritto reale d’uso, la seconda alienazione sarebbe in parte nulla per contrarietà ai limiti di durata imposti dall’articolo 1024 cod. civ.

Il caso che si è appena sintetizzato ha costituito, per la Suprema Corte, l’occasione per una riflessione di portata generale: per rinuncia accettata al ricorso, infatti, il processo si era estinto e il giudizio è proseguito nell’interesse della legge.

L’interprete noterà, nel caso che si è appena sintetizzato, la ricorrenza di diversi elementi frequentemente posti alle attenzioni dei giudici del merito[1]; astraendo, si può quindi ritenere che il problema giuridico da risolvere sia il seguente: qual è la natura della clausola attributiva dell’uso esclusivo di una parte “comune”? L’uso esclusivo può essere ceduto? Anche disgiuntamente rispetto all’immobile cui accede? Si può usucapire?

3. I precedenti giurisprudenziali

La questione circa la natura, i limiti e l’opponibilità del *diritto di uso esclusivo* è stata diffusamente trattata dalla giurisprudenza.

Alcuni orientamenti, richiamati dalla sentenza annotata, si limitano a considerare l’esistenza della clausola in commento, senza però approfondirne limiti e ammissibilità[2].

Altri orientamenti, più esaustivi, propongono due tesi opposte: una “obbligatoria”, l’altra “reale”.

Secondo un primo orientamento, l’uso esclusivo costituirebbe una particolare modalità di godimento del bene comune che, in deroga agli articoli 1102 e 1117 cod. civ., spetterebbe soltanto a uno dei comunisti (o condomini), senza incidere sul profilo della proprietà.

Secondo le Sezioni unite la capostipite di tale orientamento sarebbe costituito da Cass. 16 ottobre 2017, n. 24301[3], poi seguita da Cass. 10 ottobre 2018, n. 24958[4]; Cass. 31 maggio 2019, n. 15021[5]; Cass. 4 luglio 2019, n. 18024[6]; Cass. 3 settembre 2019, n. 22059[7].

Tale affermazione potrebbe generare nell’interprete qualche perplessità: se è vero, infatti, che la decisione del 2017 è la prima ad avere compiutamente analizzato la non riconducibilità della clausola in questione al diritto reale d’uso di cui agli artt. 1021 e segg. cod. civ., si ritiene che tale orientamento, nella parte in cui ritiene che l’uso esclusivo costituirebbe una particolare modalità di godimento del bene comune, sia noto alla giurisprudenza di legittimità sin da Cass., 27 giugno 1978 , n. 3169[8], secondo la quale: “*il regolamento convenzionale di condominio può sottoporre a limitazioni l’esercizio dei poteri e delle facoltà che normalmente caratterizzano il contenuto del diritto di proprietà dei singoli condomini sulle cose comuni e può giungere ad attribuire ad uno o più condomini l’uso esclusivo di determinate parti comuni del fabbricato*”.

In base all’orientamento appena analizzato, quindi, “*non trattandosi* [...] *di figure di asservimento o di pertinenza* [...], *deve riconoscersi in generale nella parte comune, anche se sottoposta ad uso esclusivo, il permanere della sua qualità – appunto – comune, derogandosi soltanto da parte dell'autonomia privata al disposto dell'art. 1102 cod. civ., altrimenti applicabile anche al condominio, che consente ai partecipanti di fare uso della cosa comune "secondo il loro diritto*"”.

L’insegnamento appena esposto non appare del tutto condivisibile o, meglio, pare porsi in contrasto con larga parte della giurisprudenza di legittimità secondo la quale l’uso della cosa comune può essere *più intenso[9],frazionato[10],turnario[11],* ma mai *del tutto vietato[12]*.

In base all’orientamento analizzato, peraltro, l’uso esclusivo non sarebbe usucapibile (in quanto non diritto reale) e potrebbe essere opposto ai terzi nei limiti in cui, in linea generale, lo può essere il regolamento condominiale[13]. Resta, infine, aperto il problema della ripartizione delle spese (il bene, infatti, resta formalmente comune).

Un secondo orientamento fa invece leva sul concetto di estensione del diritto di proprietà o sul vincolo di pertinenzialità.

É stato infatti affermato che la presunzione di proprietà comune di cui all’art. 1117 cod. civ. può essere vinta non soltanto quando il contrario risulti in modo espresso dal titolo, ma anche quando il bene sia asservito in modo esclusivo, per le sue proprie caratteristiche o per la

destinazione impressa dall’originario proprietario dell'intero immobile, all’uso o al godimento di una sola parte dello stesso[14]: in casi simili, dunque, non si sarebbe al cospetto di un bene comune il cui uso sia riservato a un solo condòmino, ma di un bene in proprietà esclusiva dello stesso.

Secondo altre decisioni[15],la previsione [nel regolamento contrattuale contestuale alla costituzione del condominio] dell’uso esclusivo di una parte dell’edificio a favore di una frazione di proprietà esclusiva costituirebbe sui beni il vincolo di pertinenzialità di cui all’art. 817 cod. civ.: tale ricostruzione appare coerente con la norma di cui al comma secondo dell’art. 817 cod. civ. e permetterebbe la circolazione del relativo diritto ai sensi dell’art. 818. È opinione comune che il rapporto pertinenziale, la cui nozione si rinviene nel citato art. 817, primo comma, cod. civ., richieda due elementi: uno soggettivo, che consiste nell’atto di destinazione e va propriamente inquadrato negli atti giuridici in senso stretto; l’altro oggettivo, vale a dire la durevole funzione di ornamento o servizio. Quanto al requisito soggettivo, in ambito condominiale, nessun problema sorge nel caso in cui la destinazione sia stata impressa dall’originario proprietario dell’edificio; secondo parte della dottrina, peraltro, la destinazione potrebbe anche essere successiva e richiederebbe, in questo caso, soltanto la maggioranza qualificata, “*trattandosi di innovazione volta al maggior rendimento della cosa comune[16]*”.

4. La decisione delle Sezioni unite

Le Sezioni unite vengono chiamate a decidere sulla questione di massima di particolare importanza circa la natura, i limiti e la opponibilità del diritto di uso esclusivo su beni comuni.

La Suprema Corte ravvisa anche un contrasto giurisprudenziale, dando tuttavia l’impressione di non averlo messo correttamente a fuoco: secondo la sentenza annotata, infatti, tale contrasto si porrebbe tra Cass. 16 ottobre 2017, n. 24301 e Cass. 9 gennaio 2020, n. 193 secondo la quale: “*in base agli artt. 1026 e 979 c.c., il diritto reale di uso, istituito a favore di una persona giuridica, non può superare il trentennio; né può ipotizzarsi la costituzione di un uso reale atipico, esclusivo e perpetuo, che priverebbe del tutto di utilità la proprietà e darebbe vita a un diritto reale incompatibile con l'ordinamento vigente*”.

A chi scrive i due precedenti non sembrano però porsi in contrasto; non solo: non pare corretto neppure affermare che la decisione n. 24301 del 2017, più che porsi in diretto contrasto con un formato indirizzo giurisprudenziale precedente, avrebbe prospettato una “ricostruzione nuova”.

Si ritiene, invece, che tale sentenza si sia posta in contrasto con l’orientamento fatto proprio, da ultimo, da Cass. 20712 del 2017, analizzata *supra:* ciò è tanto più evidente in considerazione del fatto che la soluzione offerta dalle Sezioni unite finisce per dare continuità proprio a quest’ultimo orientamento.

Ma procediamo con ordine.

Al § 5.2 della decisione in esame, le Sezioni unite mettono a fuoco il tema della configurabilità del diritto d’uso esclusivo chiedendosi:

1) se l’attribuzione ad un condomino di un diritto di uso esclusivo altro non sia, almeno in taluni casi, che una formula da intendersi come equivalente dell'attribuzione a lui della proprietà solitaria sulla porzione in discorso;

2) se e come il diritto di uso esclusivo di una parte comune possa armonizzarsi con la regola basilare dettata dall'art. 1102 cod. civ.;

3) se il diritto di uso esclusivo abbia natura di diritto reale atipico o sia riconducibile ad una delle figure tipiche di diritto reale di godimento;

4) se abbia, al contrario, natura non di diritto reale, bensì di diritto di credito.

Il Supremo consesso procede dunque, ma in ordine sparso, alla soluzione di tutti i quesiti sopra schematizzati. Si seguirà, in questa sede, l’ordine di trattazione proposto in sentenza.

4.1. Riconducibilità dell’uso esclusivo a un diritto reale tipico

Le Sezioni unite escludono, anzitutto, che la clausola di cui si discute possa ricondursi al *diritto reale di servitù*: le ragioni sono spiegate – spiazzando il lettore – nei paragrafi 5.3 e (dopo varie considerazioni su altri argomenti) 6.8.

Questa la sintesi: a differenza del diritto reale di cui agli articoli 1027 e ss. cod. civ., il diritto di uso esclusivo consiste non già nella semplice creazione di un peso sulle cose comuni, ma nel sostanziale svuotamento del diritto di proprietà sulle stesse[17]. Non solo: la servitù, per la sua stessa conformazione, non può tradursi in un diritto di godimento generale del fondo servente, dovendo essere sempre specificato il carattere del peso e l’utilità del rapporto di dipendenza tra i due fondi.

Secondo le Sezioni unite, dunque: *“se ad un condomino spettasse a titolo di servitù l’“uso esclusivo” di una porzione di parte comune, agli altri condomini non rimarrebbe nulla, se non un vuoto simulacro”.*

L'uso esclusivo non può neppure ricondursi al *diritto reale di uso*(paragrafi 5.4 e – anche in questo caso dopo varie altre considerazioni – 5.4.6) perché l'istituto di cui agli articoli 1021 consente al suo titolare di servirsi della cosa *per quanto occorra ai bisogni suoi e della sua famiglia*, non è cedibile né può esser concesso in locazione e non è perpetuo (art. 1026 cod. civ.).

Le differenze tra i due istituti, quindi, attengono al contenuto del diritto, alla durata, alla trasferibilità e alle modalità di estinzione.

4.2. La compatibilità dell'uso esclusivo con la regola dettata dall'art. 1102 cod. civ

Il rapporto fra uso esclusivo di un bene comune e contenuto del diritto di comproprietà è decisivo per la soluzione dei quesiti posti dalla sentenza in commento.

Il punto di partenza del complesso ragionamento delle Sezioni unite è costituito dall'art. 1102 cod. civ., in base al quale *ciascun partecipante può servirsi della cosa comune, purché non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso secondo il loro diritto.*

Secondo il supremo consesso, la facoltà d'uso costituisce *parte essenziale del contenuto intrinseco, caratterizzante, del diritto di comproprietà*, tanto è vero che, nel caso della comunione, si è ritenuto ammissibile un uso più intenso a vantaggio di alcuni comunisti, frazionato, turnario, ma mai del tutto vietato (cfr. *supra*, par. 3); nell'uso esclusivo, invece, "*proprio perché esclusivo, si elide* [...] *il collegamento tra il diritto ed il suo contenuto, concentrandosi l'uso in capo ad uno o alcuni condomini soltanto: tant'è che si è parlato in proposito, come già accennato, di uso* quasi uti dominus".

Tale elisione, è questo un passaggio assai importante, è ammissibile soltanto in presenza di un diritto reale minore. E poiché, come visto, il diritto d'uso esclusivo non può inquadrarsi in alcuno dei diritti reali minori previsti dal codice, resta da chiedersi se tale elisione possa essere il frutto dell'autonomia privata[18].

Se i privati, in altre parole, possano costituire per contratto un diritto reale minore atipico.

4.3. L'uso esclusivo quale diritto reale atipico

Le Sezioni unite escludono categoricamente che l'istituto in commento possa ricondursi a un diritto reale atipico del quale, in radice, negano la configurabilità.

La sentenza annotata si lascia apprezzare per una assai esaustiva disamina sul tema della tipicità dei diritti reali, distinta, peraltro, dal concetto (in apparenza simile) del numero chiuso degli

stessi[19]: nella parte più convincente della motivazione (paragrafi da 6.9 a 6.10), la Suprema Corte dà continuità all'indirizzo giurisprudenziale che nega, ai privati, la possibilità di costituire nuovi diritti reali o di alterare il contenuto di quelli tipicamente previsti.

Le Sezioni unite analizzano, anzitutto, le ragioni che deporrebbero a favore del superamento dell'anzidetto limite: nella prospettiva del rispetto dell'autonomia privata non si vedrebbero ragioni per differenziare diritti di credito e diritti reali, coi soli limiti della contrarietà all'ordine pubblico, dell'illiceità del contratto e della meritevolezza dell'interesse perseguito; i privati, del resto, sarebbero in grado di rispondere, tempestivamente e meglio del legislatore, alle mutevoli esigenze del traffico giuridico; il principio del numero chiuso, poi, si radicherebbe nella tradizione ma non sarebbe disposto da alcuna norma positivamente codificata. La Suprema Corte, aprendo il ventaglio della propria analisi, cita anche riflessioni proprie di altri orientamenti, riferendosi, in particolare, all'*arrêt Maison de Poesie*, vale a dire – anche se la decisione non lo specifica – alla sentenza resa dalla Corte di Cassazione francese il 31 ottobre 2012[20], nella quale "*la Cour de cassation inaspettatamente riforma la sentenza dei giudici di merito e afferma il principio secondo cui il proprietario, nel rispetto delle regole dell'ordine pubblico, può costituire in favore dell'altra parte un diritto reale che attribuisce il beneficio di un godimento speciale del proprio bene[21]".*

A tali considerazioni, la Suprema Corte replica col solido argomento fondato sull'art. 1372 cod. civ.: "*creare diritti reali atipici per contratto vorrebbe dire perciò incidere non solo sulle parti, ma, al di fuori dei casi in cui la legge lo consente, anche sugli acquirenti della cosa: ed in definitiva, paradossalmente, vincolare terzi estranei, in nome dell'autonomia contrattuale, ad un regolamento eteronimo".*

Un divieto esplicito sarebbe peraltro del tutto superfluo *in un sistema che, dopo aver minuziosamente tipizzato e regolato gli* iura in re aliena*(cosa già di per sè scarsamente comprensibile, ove potessero crearsene di atipici in numero infinito), pone al centro della disciplina del contratto, come la dottrina ha da assai lungo tempo evidenziato, l'art. 1372 c.c., che limita gli effetti di esso alle parti, con la precisazione che solo la legge può contemplare la produzione di effetti rispetto ai terzi: escludendo così in radice che il contratto, se non sia la legge a stabilirlo, possa produrre effetti destinati a riflettersi nella sfera di soggetti estranei alla negoziazione.*

Tali considerazioni di carattere generale trovano peraltro conferma: nell'art. 42 della Costituzione, lì dove è prevista una riserva di legge in ordine ai modi di acquisto, di godimento e ai limiti della proprietà privata; nel generale disfavore che l'ordinamento mostra nei confronti delle limitazioni incisive al diritto di proprietà, come dimostrato dai limiti imposti dall'art. 1379

cod. civ. al divieto convenzionale di alienare[22]; nella tassatività dei diritti reali soggetti a trascrizione di cui all’art. 2643 cod. civ.; nella assolutamente costante giurisprudenza di legittimità, anche in materia di tipicità di obbligazioni *propter rem*e oneri reali.

In definitiva, secondo la sentenza annotata: “*la pattuizione avente ad oggetto la creazione del c.d. "diritto reale di uso esclusivo" su una porzione di cortile condominiale, costituente come tale parte comune dell'edificio, mirando alla creazione di una figura atipica di diritto reale limitato, tale da incidere, privandolo di concreto contenuto, sul nucleo essenziale del diritto dei condomini di uso paritario della cosa comune, sancito dall'art. 1102 c.c., è preclusa dal principio, insito nel sistema codicistico, del* numerus clausus*dei diritti reali e della tipicità di essi”.*

4.4. La natura del diritto d’uso esclusivo

Mettendo a sistema le conclusioni raggiunte è possibile ritenere: i) che il godimento è parte essenziale e strutturale del diritto di (com)proprietà; ii) che è possibile limitare il godimento su un bene comune, a vantaggio di un solo comunista, soltanto tramite la costituzione di un diritto reale *tipico*; iii) che l’uso esclusivo non corrisponde ad alcun diritto reale previsto dalla legge.

Quid iuris?

Anche se non viene espressamente affermato, le Sezioni unite danno continuità all’orientamento formatosi a partire da Cass. 29 marzo 1982, n. 1947, presentato, nel presente lavoro, come espressione di una ricostruzione in chiave reale che fa leva sul vincolo di pertinenzialità (cfr. *supra*, § 3): dovrà essere compito del giudice, innanzi alla clausola fin ora commentata, verificare anzitutto se le parti abbiano effettivamente inteso limitarsi alla attribuzione dell’uso esclusivo, riservando la proprietà all’alienante o non abbiano invece voluto trasferire la proprietà: in questo secondo caso il rapporto avrebbe natura pertinenziale, come affermato dalla già citata sentenza del 4 settembre 2017 n. 20712.

Nel caso in cui la verifica desse esito negativo, l’interprete, prima di giungere alla declaratoria di nullità della pattuizione, dovrà verificare se sussistano i presupposti per la qualificazione della stessa quale costitutiva del tipico diritto reale d’uso. Resterà aperta, ove anche questa verifica desse esito negativo, la possibile conversione del negozio in contratto obbligatorio avente ad oggetto la concessione di un uso esclusivo e perpetuo, ma solo *inter partes.*

5. Corollari applicativi e conclusioni

Alla luce della decisione annotata la posizione del condòmino che intenda utilizzare in via esclusiva un bene presuntivamente comune appare certamente indebolita: se prima era sufficiente richiamare la clausola attributiva del diritto d'uso esclusivo, contenuta nel proprio titolo di provenienza, adesso sarà necessario un ulteriore sforzo argomentativo.

Si pensi ai seguenti casi, molto frequenti nella prassi: Tizio è proprietario di un locale commerciale posto al pian terreno dell'immobile condominiale e utilizza, in via esclusiva, lo spazio a esso antistante. Oppure: Tizio è proprietario di un immobile posto all'ultimo piano dell'edificio condominiale e ha accesso diretto, tramite una scala privata, al lastrico solare: egli, nel tempo, realizza sul lastrico alcune opere (quali fioriere, tende, ombrelloni e simili) e pretende di goderne in via esclusiva.

In entrambi i casi, l'amministratore, su mandato dell'assemblea, contesta tali utilizzi, definendoli indebiti e intimando il rilascio del bene (verosimilmente definendolo comune).

A questo punto il condòmino potrebbe: i) richiamare il proprio titolo di provenienza, sostenendo di avere il diritto di utilizzare il bene in via esclusiva; ii) sostenere di avere utilizzato in via esclusiva il bene per più di vent'anni.

Si analizzi, anzitutto, la prima ipotesi.

La prima valutazione da compiere è sempre quella sul titolo di provenienza: occorrerà accertare se in esso sia presente una clausola attributiva o del diritto di proprietà sul bene presuntivamente comune, oppure il diritto di uso esclusivo sullo stesso; nell'uno e nell'altro caso occorrerà risalire la catena delle alienazioni fino a giungere all'atto di costituzione del condomìnio (la clausola dovrà essere presente in ogni atto traslativo).

Questa verifica potrebbe dare esito negativo: Tizio acquista da Caio il locale commerciale unitamente alla proprietà o all'uso esclusivo dell'area allo stesso antistante, ma Caio aveva a sua volta acquistato soltanto la proprietà dell'immobile "principale". In questo caso, per il principio *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*, si ricadrà nella ipotesi sub ii) della quale si dirà *infra*.

La verifica potrebbe avere (come spesso accade) esito positivo: occorrerà quindi distinguere il caso in cui il titolo trasferisca la proprietà del bene presuntivamente comune e il caso in cui lo stesso preveda (soltanto) l'uso esclusivo sso.

Nel primo caso *nulla quaestio*: la presunzione di cui all'art. 1117 cod. civ. è vinta e il bene è di esclusiva spettanza del condòmino. Tutte le parti presuntivamente comuni possono essere

attribuite in proprietà esclusiva a un singolo condòmino? Secondo parte della dottrina[23]occorrerebbe distinguere tra parti strutturali (come fondazioni e muri maestri), indivisibili per natura o destinazione, che sarebbero necessariamente comuni e parti non indispensabili, per le quali opererebbe la presunzione semplice di cui all'art. 1117 cod. civ.; di diverso avviso la prevalente giurisprudenza, secondo la quale, comunque, il proprietario esclusivo è tenuto a rispettare la destinazione obiettiva della cosa, determinata dalle sue intrinseche caratteristiche strutturali e funzionali[24].

Nel secondo caso la clausola non è sufficiente, di per sé sola, a fondare il diritto del condòmino, perché non è possibile eliminare un requisito essenziale della comproprietà (l'uso del bene) se non con la costituzione di un diritto reale minore: tale diritto non può essere quello di *uso esclusivo*, categoricamente escluso dalle Sezioni unite. Ma potrebbe essere il diritto d'uso (non cedibile e non perpetuo). Oppure, ed è questa la strada che presumibilmente si tenterà di percorrere, occorrerà dimostrare che le parti, pur riferendosi alla cessione dell'uso comune, abbiano in realtà voluto cedere la proprietà del bene: in questo caso, avvertono le Sezioni unite, il rapporto tra bene "principale" e bene presuntivamente comune, avrà natura pertinenziale.

Occorrerà, in altri termini, provare che l'originario atto di disposizione fosse in realtà costitutivo di un vincolo di pertinenzialità, istituito dall'originario proprietario e successivamente mantenuto, nelle varie alienazioni, circolando in conformità con quanto disposto all'art. 818 cod. civ.

Si analizzi, adesso, la seconda ipotesi(il condòmino fonda il suo uso esclusivo sulla base del possesso continuato ultra ventennale).

Occorre premettere che non tutte le parti comuni sono suscettibili di essere possedute *uti dominus*(e non *uti condominus*) in ragione delle proprie peculiari caratteristiche per le quali residua, comunque, una utilità anche indiretta da parte del condòminio (si pensi ai lastrici solari che, comunque, coprono l'edificio): in questo caso non potrà usucapirsi la proprietà, residuando soltanto la possibilità di usucapire, eventualmente, un diritto reale minore come il "calpestio" (cfr. nota 18).

In tutti gli altri casi, non potrà comunque essere usucapito "l'uso esclusivo" perché, come chiarito, non è un diritto reale.

Resta quindi, soltanto, la possibilità di usucapire la proprietà (ove il condòmino fornisca la rigorosa prova del possesso *ad escludendum*); il diritto d'uso (con i limiti della non perpetuità e della non trasferibilità) o, infine, un diritto reale minore come la servitù.

In conclusione: la sentenza annotata si apprezza per la completezza dei richiami giurisprudenziali ed è facile prevederne larghi richiami nella prassi applicativa; pecca, però, in sistematicità, e (soprattutto), nella sua parte conclusiva, lì dove il contributo offerto all’interprete appare fin troppo esiguo. Non si comprende fino in fondo, infine, cosa intenda la Suprema Corte per perpetuità *inter partes*, concetto, questo si, dalla forte caratterizzazione di ossimoro.

[1]“*La clausola mediante la quale si concede ad una singola unità immobiliare l'uso esclusivo di un'area*”, notano le Sezioni unite nella sentenza annotata, è ricorrente nella prassi: si tratta, in effetti, di un chiaro esempio di “tipicità negoziale” che spesso precede, comprensibilmente, la “tipicità giurisprudenziale”. “*Di fronte a nuove esigenze, indotte dai progressi della tecnologia e della economia, può infatti accadere che nessun tipo legale offra risposte soddisfacenti [...] spesso ne nascono liti, che vengono portate davanti ai giudici; e altrettanto spesso i giudici decidono su diritti e obblighi che il contratto crea per le parti, secondo regole che, consolidandosi, danno luogo alla disciplina*” (V. Roppo, *Il contratto,* Milano, 2001, p. 422: l’Autore si riferisce al *leasing*, che, nel tempo, ha acquisito una tipicità definita “*social-giurisprudenziale*”).

[2]Ci si riferisce a Cass. 20 febbraio 1984, n. 1209 in *Giust. civ. Mass*. 1984, fasc. 2, per la quale: “*in un edificio in condominio la funzione naturale di un cortile, di fornire aria e luce alle unità abitative che vi prospettano, non è incompatibile con l’appartenenza o la destinazione di esso all’uso esclusivo di uno o più condomini, nè l'obbligo da parte di costoro di rispettare quella funzione comporta il sorgere di diritti particolari in favore degli altri partecipanti al condominio*”; Cass. 27 luglio 1984, n. 4451 in *Riv. giur. edilizia*, 1985, I, 16, per la quale: “*nel condominio degli edifici i singoli condomini hanno il diritto di usare la cosa comune nel modo soggettivamente più soddisfacente, con il limite di non mutarne la destinazione e di non sopprimere o limitare la pari possibilità di essa da parte degli altri partecipanti alla comunione secondo il rispettivo diritto*”; Cass.25 ottobre 1991, n. 11392 in*Giust. civ. Mass*., 1991, fasc.10, per cui: “*nel caso di installazione di una tenda e delle relative intelaiature metalliche su di uno spazio di proprietà comune, da parte del condomino del piano terreno che lo abbia in uso esclusivo e destinato a ristorante, per la sussistenza della violazione dell'art. 1102 c.c. con riguardo al mutamento della struttura e della funzione del detto bene comune ed in particolare al diritto di veduta in "appiombo" dei condomini dei piani superiori, deve accertarsi sia l'"utilitas" (specifica o socialmente rilevante) derivante da quel diritto che in concreto la sua menomazione, tenendo conto in ispecie del distacco (in altezza) della tenda dalle vedute dei piani superiori, delle caratteristiche dei luoghi e dell'uso normale, nonché, in relazione alla specifica destinazione dello spazio comune, delle consuetudini e del*

normale comportamento degli esercenti di attività consimili”.

[3]In *Rivista del Notariato*2018, 6, II, 1191.

[4]In *Diritto & Giustizia 2018*, 11 ottobre.

[5]In *Condominioelocazione.it,* 18 settembre 2019 con nota di A. Nicoletti.

[6]In *dejure Giuffre*.

[7]In *dejure Giuffre.*

[8]In *Riv. giur. edilizia*1979, I, 550.

[9]Cfr. Cass. 30 maggio 2003, n. 8808 in *Giust. civ. Mass*. 2003, 5; Cass. 21 ottobre 2009 n. 22341 in *Giust. civ. Mass*. 2009, 10, 1476.

[10]Cfr. Cass. 14 luglio 2015, n. 14694 in *Giust. civ. Mass*. 2015; Cass. 11 aprile 2006 n. 8429 in Arch. locazioni 2007, 3, 300.

[11]Cfr. Cass. 12 dicembre 2017, n.29747 in *Giust. civ. Mass*. 2018; Cass. 19 luglio 2012, n.12485 in *Guida al diritto*2012, 37, 63.

[12]Cfr. in particolare Cass. 29 gennaio 2018, n.2114 in *Giust. civ. Mass*. 2018 per la quale: “*l’art 1102 c.c., nel prescrivere che ciascun partecipante può servirsi della cosa comune purché non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso, non pone una norma inderogabile. Ne consegue che i suddetti limiti possono essere resi più rigorosi dal regolamento condominiale, o da delibere assembleari adottate con il quorum prescritto dalla legge, fermo restando che non è consentita l'introduzione di un divieto di utilizzazione generalizzato delle parti comuni*”. Secondo la sentenza annotata, in tal senso, “*il godimento concreta una facoltà intrinseca del diritto di comunione, sicchè la modifica del contenuto essenziale della comproprietà, consistente nella negazione della facoltà di uso del bene comune ad alcuni condomini, può discendere soltanto dalla costituzione di un diritto reale in favore dell'usuario, il che però appare precluso dall'osservazione che il nostro ordinamento tuttora non consente all'autonomia privata di scavalcare il principio del numero chiuso dei diritti reali*”.

[13]Cfr. in particolare Cass. 25 ottobre 2001, n.13164 in *Arch. locazioni* ,2002, 292, per la quale: “*il regolamento di condominio predisposto dall'originario unico proprietario dell'intero edificio, ove sia accettato dagli iniziali acquirenti dei singoli appartamenti e regolarmente trascritto nei registri immobiliari, assume carattere convenzionale e vincola lutti i successivi acquirenti, non solo per le clausole che disciplinano l'uso o il godimento dei servizi o delle parti comuni, ma anche per quelle*

che restringono i poteri e le facoltà dei singoli condomini sulle loro proprietà esclusive venendo a costituire su queste ultime una servitù reciproca; ne consegue che tale regolamento convenzionale, anche se non materialmente inserito nel testo del successivo contratto di compravendita dei singoli appartamenti dell'edificio, fa corpo con esso quando sia stato regolarmente trascritto nei registri immobiliari, rientrando le sue clausole, "per relationem", nel contenuto dei singoli contratti”.

[14]Ci si riferisce a Cass. 28 aprile 2004, n.8119 in *Dir. e giust*. 2004, 24, 12: in questo precedente si controverteva sulla attività di un condòmino che, per ampliare l’immobile di propria esclusiva spettanza, aveva realizzato una escavazione nel sottosuolo condominiale di fatto appropriandosene: la Corte, premessa la natura presuntivamente comune del sottosuolo, ha affermato che “*per l’esclusione della presunzione di proprietà comune, di cui al citato art. 1117 c.c., non é necessario che il contrario risulti in modo espresso dal titolo, essendo sufficiente che da questo emergano elementi univoci che siano in contrasto con la reale esistenza di un diritto di comunione, dovendo la citata presunzione fondarsi sempre su elementi obiettivi che rivelino l'attitudine funzionale del bene al servizio o al godimento collettivo, con la conseguenza che quando il bene, per le sue obiettive caratteristiche strutturali, serve in modo esclusivo all'uso o al godimento di una sola parte dell'immobile, che forma oggetto di un autonomo diritto di proprietà ovvero risulti comunque essere stato a suo tempo destinato dall'originario proprietario dell'intero immobile ad un uso esclusivo, in guisa da rilevare – sempre in base ad elementi obiettivamente rilevabili, secondo l'incensurabile apprezzamento dei giudici di merito – che si tratta di un bene avente una propria autonomia e indipendenza, non legato da una destinazione di servizio rispetto all'edificio condominiale, viene meno il presupposto dell'accennata presunzione*”.

[15]Cfr., da ultimo, Cass. 04 settembre 2017, n. 20712 in *Guida al diritto*, 2018, 4, 27, che decide su un caso assai frequente nella prassi: l’Amministratore conviene in giudizio un condòmino per il rilascio dell’area antistante all’immobile di esclusiva proprietà dello stesso; resiste in giudizio il condòmino, rivendicando la proprietà esclusiva dell’area in contesa poiché, a suo dire, il regolamento condominiale ne attribuirebbe l’uso esclusivo ai proprietari delle attività commerciali.

[16]Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto Civile, La proprietà*, Milano, Giuffrè 1999, 67 in nota 50.

[17]Come avviene nell’*enfiteusi*: in quel caso, però, sono sussistenti obblighi per l’enfiteuta naturalmente incompatibili col diritto di cui si discute.

[18]Indicazioni di senso contrario non possono esser tratte né dall’art. 1126 cod. civ., né dalla riforma del condominio, né dal D.Lgs. 20 maggio 2005, n. 122, art. 6, comma 2, lett. b), che obbliga

il costruttore a indicare nel contratto relativo a futura costruzione le parti condominiali e le pertinenze esclusive.

Quanto all’art. 1126, unica norma in cui si fa esplicito riferimento all’*uso esclusivo* di una parte comune dell’edificio, lo stesso è dettato in materia di lastrici solari, beni che, per la loro specifica natura, non possono essere usucapiti (per lo meno per quanto attiene al diritto di proprietà: sulla usucapione del diritto di calpestio, autonomo rispetto al diritto di proprietà e qualificabile come una servitù, si veda Cass. 17 aprile 1973, n. 1103 in *MGI*, 1973, 396): da questa norma, anzi, potrebbe desumersi *a con*trario che “*non sono configurabili ulteriori ipotesi di uso esclusivo, le quali [...] sottraggano a taluni condomini il diritto di godimento della cosa comune loro spettante*”.

Quanto alla riforma del Condomìnio, che ha introdotto talune forme di concessioni ai singoli condomini di un godimento apparentemente non paritario, è da ritenere che “*tali previsioni, per la loro eccezionalità, non possono concorrere alla costruzione di un principio generale*”, essendo peraltroda escludere “*che esse comportino modificazioni strutturali alla comproprietà delle parti comuni in favore del titolare dell'uso*”.

Quanto, infine, al D.Lgs. 20 maggio 2005, n. 122, “*è già risolutivo osservare che si tratta di una norma eccezionale, dalla quale non potrebbe in ogni caso desumersi l'istituzione di un generale "diritto reale di uso esclusivo". Ma, al di là di questo, la norma parla di pertinenze, e dunque ancora una volta di attribuzione in proprietà, secondo quanto si è già visto compatibile con l'assetto condominiale*”.

[19]Nella decisione annotata si legge, in effetti, che numero chiuso e tipicità dei diritti reali, in larga parte sovrapponibili, sarebbero tenuti distinti dalla dottrina, secondo la quale: “*in forza del primo solo la legge può istituire figure di diritti reali; per effetto del secondo i privati non possono incidere sul contenuto, snaturandolo, dei diritti reali che la legge ha istituito”.*

[20]Consultabile al seguente indirizzo: https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/cour-de-cassation-troisieme-chambre-civile-31-octobre-2012-pourvoi-numero-11-16-304/

[21]Cfr. E. Calzolaio, *La tipicità dei diritti reali: spunti per una comparazione*in *Rivista di diritto civile*, 2016, n. 4, pagg. 1080 e ss.

[22]Si aggiunga la norma di cui all’art. 713 cod. civ., comma tre, per la quale il testatore può disporre che la divisione dell'eredità o di alcuni beni di essa non abbia luogo prima che sia trascorso dalla sua morte un termine *non eccedente il quinquennio.*

[23]Cfr.. P.B. Peresutti in *Commentario breve al codice civile,* Padova, 2020, p.1114 *sub*art. 1117, IV.

[24]Cfr. Cass. 2 maggio 1996, n. 4023 in *Arch. locazioni*1996, 729, per la quale: *nel caso in cui una parte di un edificio condominiale, necessaria all'uso comune, spetti in proprietà esclusiva ad uno solo dei condomini, questi è tenuto, nell'esercizio delle sue facoltà di godimento, a rispettare la destinazione obbiettiva della suddetta parte all'utilità generale dell'intero condominio, poiché i concetti di uso e di destinazione prescindono da quello di appartenenza, attenendo piuttosto alla funzione che la parte dell'edificio ha assunto, per volontà dei condomini o per la sua propria natura, nel quadro dell'utilizzazione dell'edificio da parte dei singoli proprietari.*