

STUDIO LEGALE INTERNAZIONALE

AVV. ALFONSO MARRA

GIURISTA LINGUISTA

ABILITATO AL BILINGUISMO TEDESCO - ITALIANO DALLA PROVINCIA AUTONOMA DI BOLZANO

IDONEO ALL' ESAME DI STATO DI COMPETENZA LINGUISTICA CINESE HSK DI PECHINO

IDONEO ALL'ESAME DI STATO DI COMPETENZA LINGUISTICA FRANCESE

DELL'ISTITUTO FRANCESE DI NAPOLI "LE GRENOBLE"

SPECIALISTA IN DIRITTO CIVILE PRESSO L'UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI CAMERINO

SPECIALIZZATO IN PROFESSIONI LEGALI PRESSO L'UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI SALERNO

PERFEZIONATO IN DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA APPLICATO PRESSO L'UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI SALERNO

CORSISTA DI LINGUA OLANDESE PRESSO L'UNIVERSITA' DI UTRECHT

INTERPRETE E TRADUTTORE PRESSO LA CAMERA DI COMMERCIO DI NAPOLI

CONSULENTE TECNICO D'UFFICIO E PERITO IN MATERIA PENALE IN QUALITA' DI

INTERPRETE E TRADUTTORE DI LINGUA **TEDESCA, CINESE, GRECA, INGLESE**

PRESSO IL TRIBUNALE DI NAPOLI

INTERPRETE E TRADUTTORE DI LINGUA **TEDESCA, CINESE, GRECA, INGLESE, FRANCESE**

PRESSO LA PROCURA DELLA REPUBBLICA DI NAPOLI

ASSISTENZA LEGALE ANCHE IN LINGUA TEDESCA, CINESE, GRECA, INGLESE, FRANCESE

TELEFONO: 335 69 48 594

E - MAIL : avvalfonso.marra@yahoo.it

SITO INTERNET: www.studiolegaleinternazionaleavvocatoalfonso.marra.it

**Condominio: lo "spazio di manovra" tra due boxes di proprietà esclusiva
non è un bene comune ex art. 1117 c.c.**

Il Tribunale civile di Napoli con la recentissima sentenza dell'Ottobre 2012 ha stabilito che la disciplina codicistica delle parti comuni enumera i beni che costituiscono parti comuni dell'edificio (art. 1117 c.c.) e tra questi beni non vi è lo "spazio di manovra". Pertanto il Tribunale ha respinto la domanda dell'attore condominio.

La suddetta recentissima sentenza dell'Ottobre 2012 recita testualmente:

<< ... Introduttivamente, preme sottolineare in punto di diritto che la domanda proposta dall'attore con assoluta evidenza è una azione di rivendica prevista ai sensi dell'art. 948 c.c., che ha quale fondamento (causa petendi) la titolarità del diritto di proprietà e quale oggetto (petitum) la condanna alla restituzione della cosa o al pagamento di un equivalente in danaro. Legittimato attivo all'esercizio dell'azione è il proprietario che non possiede il quale, secondo i principi generali (art. 2967 c.c.), deve fornire la prova della sua titolarità mediante la dimostrazione di un acquisto a titolo originario risalendo a tal fine, se necessario, sino alla prova del titolo originario dei propri danti causa. Prova, questa, spesse volte di notevole difficoltà quando si tratta di beni immobili, tant'è che si parla sul punto di probatio diabolica.

Ciò premesso, va esaminata in via preliminare l'eccezione di carenza di legittimazione attiva sollevata dai convenuti. A tal proposito l'attore ha dichiarato di aver agito in base alla delibera esibita in atti del ... per area dichiarata di sua proprietà, mentre i convenuti hanno eccepito che parte attrice non abbia fornito prova alcuna circa la legittimazione attiva.

... Orbene, il controllo di questo Giudice, per verificare la sussistenza della legitimatio ad causam, deve risolversi nell'accertare se, secondo la stessa prospettazione fattane dall'attore nella domanda giudiziale, egli e il convenuto possano, in relazione alla disciplina prevista per il rapporto controverso, assumere rispettivamente la veste di soggetto dotato del potere di chiedere la pronunzia e la veste di quello che deve subirla. A tal proposito, va chiarito che diversa dalla legittimazione ad agire, che integra una condizione per la trattazione dell'azione e la cui assenza è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo, è la titolarità - attiva o passiva - del rapporto sostanziale dedotto in giudizio, che comporta invece un accertamento di una situazione di fatto favorevole all'accoglimento della pretesa azionata ed è rimessa alla disponibilità delle parti. Concernendo il merito della domanda, la contestazione della titolarità del diritto, come ogni altra questione che inerisca per l'appunto al merito, non si sottrae alla disponibilità delle parti ed è regolata dagli ordinari criteri sull'onere della prova, fissati dall'art.2697 c.c., per cui, in ordine all'asserita titolarità del rapporto, il convenuto può influire - eliminandoli o alleviandoli - sugli oneri processuali incombenti sull'attore, ove non contesti oppure riconosca espressamente la verità dei fatti dallo stesso allegati a fondamento della domanda. Ne consegue pertanto che, quando non sia pacifica tra le parti e sia stata invece oggetto di specifica contestazione in sede di merito, incombe sull'attore l'onere di provare la titolarità del rapporto dedotto in giudizio.

Ebbene nel caso in esame la legittimazione non risulta pacifica tra le parti ed è stata oggetto di specifica contestazione, e siccome deve riscontrarsi che la relativa prova non risulta acquisita con assoluta chiarezza agli atti, ne consegue il rigetto della

domanda attorea, mancando la prova in ordine ad una delle condizioni dell' azione. Questo Giudice, in aderenza al consolidato principio secondo cui l'attore in rivendica, cui sia stato contestato il diritto di proprietà, deve provare il dominio sulla cosa rivendicata risalendo, attraverso i propri danti causa, ad un acquisto a titolo originario, ben consapevole che nell'azione di rivendica il "thema decidendum" è costituito dall'individuazione del titolo che giustifichi il diritto di proprietà vantato dall'attore, deve riscontrare che, per espresso accertamento del CTU, il titolo comprovante la titolarità dei 12 mq per cui è causa, non esiste in atti, così come ritiene che non soccorre a favore del condominio la presunzione ex art. 1117 c.c., non essendo i 12 mq beni rientranti nell' elencazione codicistica.

*... Non risulta convincente la invocata presunzione ex art. 1117 c.c. perché lo spazio di manovra non rientra tra i beni elencati dal legislatore, né il CTU in perizia ha accertato la sua natura sicuramente condominiale. Tra lo spazio di manovra che consente l'accesso ai soli box 8 e 9, come accertato dal CTU e gli altri box di proprietà individuale manca la **c.d. relazione di accessorietà** che è presupposto fondamentale perché si instauri un condominio su di un bene comune. Manca nel caso di specie quel particolare nesso che deve intercorrere tra tale bene (ovvero l'impianto o il servizio) e le unità immobiliari a proprietà solitaria.*

Quindi, va chiarito che in tema di azione di rivendicazione, di cui all'art. 948 c.c., per l'individuazione del bene rivendicato, del quale si chiede il rilascio (ovvero per stabilire esattamente l'unità immobiliare contesa), la base primaria dell'indagine del giudice di merito è costituita dall'esame e dalla valutazione dei titoli di acquisto delle rispettive proprietà, quando essi sono stati esibiti in giudizio. Difatti solo la mancanza o l'insufficienza di indicazioni sui dati di individuazione delle unità rilevabile dai titoli, ovvero la loro mancata produzione, giustifica il ricorso ad altri mezzi di prova, ivi comprese le mappe catastali (Cass. 17/10/2007 n. 21834. Secondo la prevalente giurisprudenza, il rigore della regola secondo cui chi agisce in rivendicazione deve provare la sussistenza del proprio diritto di proprietà o di altro diritto reale sul bene anche attraverso i propri danti

causa, fino a risalire ad un acquisto a titolo originario o dimostrando il compimento dell' usucapione, non riceve attenuazione per il fatto che la controparte proponga domanda riconvenzionale ovvero eccezione di usucapione, in quanto chi è convenuto nel giudizio di rivendicazione non ha l' onere di fornire alcuna prova, potendo avvalersi del principio possideo quia possideo, anche nel caso in cui opponga un proprio diritto di dominio sulla cosa rivendicata, dal momento che tale difesa non implica alcuna rinuncia alla (più vantaggiosa) posizione di possessore (Cass. 17/05/2007 n. 11555). Del resto, l'attore che proponga una domanda di accertamento della proprietà e non abbia il possesso della cosa oggetto del preteso diritto ha l'onere di offrire la stessa prova rigorosa richiesta per la rivendica, perché egli esercita un'azione a contenuto petitorio diretta al conseguimento di una pronuncia giudiziale utilizzabile per ottenere la consegna della cosa da parte di chi la possiede o la detiene (Cass. n. 3648/2004).

Orbene, questo Giudice ritiene che colui che agisce in giudizio con l'azione di rivendicazione deve vincere la naturale presunzione di proprietà da parte del possessore del bene; pertanto avrebbe dovuto dimostrare non solo l'illegittimità del possesso altrui, ma anche la titolarità del proprio diritto di proprietà. Niente di tutto ciò risulta in atti provato dal condominio, pertanto, la domanda attorea è infondata e viene respinta.

*Comunque, meriterebbe ugualmente accoglimento anche l'altra eccezione sollevata da parte convenuta di **mancanza di legittimazione attiva ad processum dell'amministratore**. Infatti, risulta con evidenza che nell'assemblea del ... il Condominio aveva deliberato con la presenza di 32 condomini su 41 per un totale di 813,91 millesimi e non con la totalità.*

*Pertanto, anche sotto questo profilo va a determinarsi il rigetto della domanda attorea, mancando la prova in ordine ad una delle **condizioni dell'azione** >>.*

Nel condividere pienamente quanto stabilito dal Tribunale di Napoli nella suddetta sentenza dell'Ottobre 2012 si fa presente che il convenuto condomino Tizio ha eccepito in corso di causa:

- a) la mancanza di legittimazione attiva ad causam e ad processum dell'amministratore,**
b) la nullità e l'inefficacia della procura ad litem firmata dall'amministratore all'avvocato difensore del condominio.

Infatti nell'assemblea del ... il condominio aveva deliberato con la presenza di 32 condomini su 41 per un totale di 813,91 millesimi. Tuttavia, trattandosi di azione reale di rivendica della proprietà di 12 mq occorre che la delibera fosse firmata da tutti i condomini, cioè ciascun condomino avrebbe dovuto dare mandato all'amministratore ovvero tutti i condomini avrebbero dovuto deliberare all'unanimità di dare mandato all'amministratore, **non essendo sufficiente il meccanismo deliberativo dell'assemblea condominiale.**

Come giustamente ha affermato la S.C. di Cassazione con la sentenza n. 5862/2007:

*<< In tema di **condominio**, la legittimazione ad agire in giudizio dell'amministratore in caso di pretese concernenti l'affermazione di diritti di proprietà, anche comune, può trovare fondamento soltanto nel mandato conferito da ciascuno dei condomini al medesimo amministratore e non già – ad eccezione della equivalente ipotesi di unanime positiva deliberazione di tutti i condomini – nel meccanismo deliberativo dell'assemblea condominiale, che vale ad attribuire, nei limiti di legge e di regolamento, la mera legittimazione processuale ex art. 77, presupponente peraltro quella sostanziale. Ne consegue che, in assenza del potere rappresentativo in capo all'amministratore in relazione all'azione esercitata, la mancata costituzione del rapporto processuale per difetto della legittimazione processuale inscindibilmente connessa al potere rappresentativo sostanziale mancante – vizio rilavabile anche di ufficio, pure in sede di legittimità – comporta la nullità della procura alle liti, di tutti gli atti compiuti e della sentenza >>.*

(Nella specie, l'amministratore aveva esperito azione per far accertare la proprietà in capo al condominio dei locali soffitte di cui un condomino si era appropriato mettendoli in comunicazione con la propria abitazione a mezzo di una botola: la S.C., sulla base dell'enunciato principio, ha cassato la sentenza della Corte di merito, che aveva accolto la domanda, perché l'azione non poteva essere proposta).

Il difetto di legittimazione processuale (nella specie dell'amministratore di un condominio), attinendo alla legittimità del contraddittorio nonché alla validità della sua costituzione, determina la nullità degli atti processuali compiuti ed è rilevabile d'ufficio (Cass. n. 1926 del 04/03/1997) in ogni stato e grado del procedimento, con l'unico limite del giudicato formatosi sul merito se la relativa eccezione è stata disattesa dal primo giudice e non riproposta in appello (Cass. 27450/05). **Tale vizio comporta l'inesistenza della sentenza (Cass. n. 1121 del 06/02/1997).**

Ancora, la S.C. di Cass. con la sentenza n. 8246 del 29/08/1997 ha affermato che:

<< La legittimazione ad agire dell'amministratore del condominio, nel caso di azioni reali concernenti l'esistenza, il contenuto o l'estensione dei diritti spettanti ai singoli condomini in virtù dei rispettivi acquisti, può trovare fondamento soltanto nel mandato conferito all'amministratore da ciascuno dei partecipanti e non nel meccanismo deliberativo dell'assemblea condominiale, ad eccezione delle equivalenti ipotesi di una unanime positiva deliberazione di tutti i condomini >>.

Ancora, la S.C. di Cass. con la sentenza n. 2125 del 24/02/1995 ha affermato che:

<< La distinzione della legittimazione ad agire dalla titolarità in concreto del rapporto sostanziale dedotto in giudizio assume notevole rilievo, giacché la legitimatio ad causam attiene alla regolare instaurazione del contraddittorio e costituisce una condizione dell'azione, con la conseguenza che il suo difetto è rilevabile in ogni stato e grado del giudizio anche d'ufficio; mentre la verifica della titolarità effettiva della situazione di diritto sostanziale dedotta in giudizio attiene al merito della lite, non compete al giudice ed è affidata alla disponibilità delle parti (Cass. 29/04/1998 n. 4364; Cass. 05/11/1997 n. 10843; Cass. 03/07/1999 n. 6894; Cass. 13/05/2000 n. 6160; Cass. 22/11/2000 n. 15080 >>.

In conclusione, la legittimazione ad agire, essendo una **condizione dell'azione**, è intesa come diritto potestativo di ottenere una decisione di merito, favorevole o sfavorevole; pertanto, vi è sempre un interesse della controparte a far accertare se sussiste la titolarità del potere o dovere di promuovere o subire un giudizio in ordine al rapporto sostanziale dedotto in causa (Cass. 24/02/1995 n. 2125).

E' eccepita la carenza di legittimazione attiva dell'amministratore in quanto per l'esperibilità dell'azione di rivendica è necessaria per la validità della deliberazione assembleare il voto favorevole della totalità dei partecipanti alla comunione o comunque il conferimento all'amministratore di uno specifico mandato da parte di ciascun condomino (Cass. n. 5147 del 03/04/2003).

Nel caso in esame la declaratoria di appartenenza al condominio dell'area di 12 mq rivendicata deve, in difetto di un'unanime positiva deliberazione di tutti i condomini, ritenersi esorbitante dai poteri deliberativi dell'assemblea condominiale da un lato e da quelli di rappresentanza processuale del condominio da parte dell'amministratore dall'altro, in quanto nel caso di specie la proposizione della domanda non è stata diretta alla difesa della proprietà comune, bensì ad ottenere la declaratoria di appartenenza al condominio dei suddetti 12 mq che non rientrano né nell'elencazione dei comuni ex art. 1117 c.c., né risultano da alcun titolo di proprietà del condominio.

Dunque i suddetti 12 mq non sono beni sicuramente comuni, ma sono beni per i quali il condominio ha esperito azione di rivendica della proprietà con tutte le conseguenze di legge anche relativamente all'onere della prova, che nel caso de quo non è stato assolto dal suddetto condominio.

Recita testualmente la suddetta sentenza n. 5147/2003:

<< In tema di legittimazione dell'amministratore a proporre azioni (reali) contro singoli condomini o contro terzi, dirette ad ottenere statuizioni relative alla titolarità, al contenuto o alla tutela dei diritti reali dei condomini su cose o parti dell'edificio condominiale, è principio fermo nella giurisprudenza di questa Corte, correlato alla configurazione del condominio come ente di gestione (che opera in rappresentanza e nell'interesse comune dei partecipanti e limitatamente all'amministrazione e al buon uso della cosa comune senza interferire nei diritti autonomi di ciascun condomino), privo di personalità giuridica, quello secondo cui, quando si tratti di azioni "a difesa" dei diritti dei condomini sulle cose o parti comuni che esulino dal novero degli atti meramente conservativi (al cui compimento l'amministratore è legittimato per espressa previsione di legge, ex art. 1130 n. 4 c.c.), l'amministratore è

legittimato ad agire solo se autorizzato dall'assemblea ai sensi dell'art. 1131 comma 1 c.c., con la maggioranza qualificata di cui all'art. 1136 comma 2 dello stesso codice (cfr. ex plurimis: Cass. 25/11/1992 n. 12957; 26/04/1993 n. 4856; 25/06/1994 n. 6119; 19/10/1994 n. 8531; 28/11/1996 n. 10615).

Ove si tratti invece di azioni a tutela dei diritti esclusivi dei singoli condomini, tale legittimazione può trovare fondamento soltanto nel mandato conferito all'amministratore da ciascuno dei partecipanti alla comunione, e non nel meccanismo deliberativo dell'assemblea condominiale, ad eccezione dell'equivalente ipotesi di una unanime, positiva deliberazione di tutti i condomini (cfr. Cass. 03/03/1984 n. 4623; 29/02/1988 n. 2129; 11/03/1988 n. 2401).

L'assemblea, infatti (come affermato da Cass. 29/08/1997 n. 8246) può deliberare, con le prescritte maggioranze, solo sulle questioni che riguardano parti comuni dell'edificio o il condominio nel suo complesso, oppure sulle liti attive e passive che, esorbitando dalle attribuzioni istituzionali dell'amministratore, riguardino pur sempre la tutela dei diritti dei condomini su tali parti, ma non anche sulle questioni concernenti l'esistenza, il contenuto o l'estensione dei diritti spettanti ai condomini in virtù dei rispettivi acquisti, diritti che restano nell'esclusiva disponibilità dei titolari (v. Cass. 08/08/1979 n. 4637).

In questa seconda ipotesi non possono rientrare, ad avviso del Collegio, i casi delle azioni reali (di accertamento o costitutive) dirette ad individuare ed – o ad estendere la sfera del dominio acquisito pro – quota da ciascun condomino con gli atti d'acquisto delle singole unità immobiliari condominiali, ossia all'atto dell'ingresso nel condominio. Anche in questi casi, invero, l'azione giudiziale esula dall'ambito della mera tutela di una già acquisita proprietà comune, per incidere nella sfera dei diritti e degli interessi individuali, in forma, sia pure solo potenzialmente, negativa: ogni (acquisto od) estensione della proprietà comune, se da un lato comporta un proporzionale accrescimento dell'oggetto del diritto di comproprietà di ciascun condomino, implica, dall'altro, la corrispondente,

proporzionale assunzione degli obblighi e degli oneri tutti correlati all'acquisto (concorso alle spese di acquisizione del bene, di conservazione dello stesso, ecc.) >>.

Si ricorda a tale proposito la sentenza n. 3044 del 06/02/2009, secondo la quale:

<< l'amministratore non è legittimato all'esperimento di azioni reali contro i singoli condomini e contro terzi dirette ad ottenere statuizioni relative alla titolarità, al contenuto o alla tutela dei diritti reali dei condomini su cose o parti dell'edificio condominiale che esulino dal novero degli atti meramente conservativi (al cui compimento l'amministratore è autonomamente legittimato ex art. 1130 n. 4 c.c. (sentenza 30 aprile 2003 n. 5147), come è confermato da quelle norme (come, ad es. l'art. 460 c.c.) che, nel menzionare gli atti conservativi, escludono che fra di essi siano comprese le azioni che incidono sulla condizione giuridica dei beni cui gli atti stessi si riferiscono (sent. 24/11/2005 n. 24764) >>.

Quanto al difetto di legittimazione si ricorda quanto ha affermato la S.C. di Cass. con la sentenza n. 11926 del 04/03/1997 che recita testualmente:

<< Il difetto di legittimazione processuale (nella specie, dell'amministratore di un condominio), attenendo alla legittimità del contraddittorio, nonché alla validità della sua costituzione, determina la nullità degli atti processuali compiuti ed è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, con l'unico limite del giudicato formatosi sul punto, se la relativa eccezione è stata disattesa dal primo giudice e non riproposta in appello. >> .

Si ricorda che la Cassazione afferma che l'eccezione è rilevabile d'ufficio. La Cassazione afferma, infatti, che il difetto di legittimazione attiva o passiva è rilevabile, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio - e, dunque, anche in sede di legittimità, - salvo che sul punto non si sia formato il giudicato. (Cfr. Cass. civ., sez. III, 05/07/2004, n.12286 in Mass. Giur. It., 2004). Si distingue, poi, tra la legittimazione ad agire (che costituisce una condizione dell'azione, una condizione, cioè, per ottenere dal giudice una qualsiasi decisione di merito), la cui esistenza è da riscontrare esclusivamente alla stregua della prospettazione compiuta dalla parte con riferimento al rapporto sostanziale dedotto in giudizio, indipendentemente dalla effettiva titolarità della posizione soggettiva, attiva o passiva, dalla "legitimatio ad causam",

intesa quale diritto potestativo ad ottenere dal giudice, in base alle sole allegazioni della parte, una decisione di merito, il cui difetto è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio (Cass. civ., sez. lav., 06/02/2004, n.2326 in CED Cassazione, 2004).

Ancora, << la "legitimatio ad causam", attiva e passiva (che si ricollega al principio di cui all'art. 81 c.p.c., inteso a prevenire una sentenza "inutiliter data"), è istituto processuale riferibile al soggetto che ha il potere di esercitare l'azione in giudizio ed a quello nei cui confronti tale azione può essere esercitata, con conseguente dovere del giudice di verificarne l'esistenza **in ogni stato e grado** del procedimento (salvo il formarsi di un giudicato interno circa la coincidenza dell'attore o del convenuto con i soggetti destinatari della pronuncia richiesta secondo la norma che regola il rapporto dedotto in giudizio). Da essa va tenuta distinta la titolarità della situazione giuridica sostanziale, attiva e passiva, per la quale non è consentito alcun esame d'ufficio, poichè la contestazione della titolarità del rapporto controverso si configura come una questione che attiene al merito della lite e rientra nel potere dispositivo e nell' onere deduttivo e probatorio della parte interessata >> (Cass. Civ. Sez. III, 18/11/2005, 24457).

Ancora, << Il difetto di legittimazione attiva può essere rilevato, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo, con il solo limite della formazione del giudicato interno su tale specifica questione >> (Cass. Civ. Sez. I 30/01/2003 n. 1396), (in questo senso anche Cass. Civ. Sez. III 27/07/1998 n. 7337).

Ancora, << La questione relativa alla legittimazione ad agire si distingue da quella relativa alla titolarità, dal lato attivo e passivo, del rapporto fatto valere in giudizio e la relativa verifica può essere compiuta anche d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio sulla base della domanda dell'attore >> (Cass. civ. Sez. lav. 02/04/2002 n. 4686).

Ancora, << Il difetto di legittimazione ad agire costituisce questione rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo e, dunque, anche dinanzi alla Corte di Cassazione. La verifica della legittimazione si effettua sulla base del diritto o rapporto sostanziale così come affermato dall' attore e non già della sua effettiva

esistenza >> (Cass. civ. Sez. I. 06/03/2000 n. 2517, Cass. Civ. Sez. III 14/06/1999 n. 5878). Ancora, << *Alla stregua della regola dettata dall'art. 81 c.p.c., fuori dei casi espressamente previsti dalla legge di sostituzione processuale o di rappresentanza, nessuno può far valere in giudizio un diritto altrui in nome proprio.*

Ciò comporta, trattandosi di materia di ordine pubblico attinente alla legittima instaurazione del contraddittorio, la verifica, che può avvenire anche d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio, della titolarità, in capo all'attore e al convenuto, secondo la legge che regola il rapporto dedotto in giudizio, dei relativi diritti ed obblighi, salvo che sulla questione sia intervenuto giudicato interno >> (Cass. Civ. Sez. III 27/07/1998 n. 7337).

E su questo punto la S.C. di Cassazione con la **sentenza n°14128 del 26/10/2000** ha precisato che << *la destinazione particolare del bene di cui si tratta al servizio di alcune soltanto delle unità è sufficiente al fine di escludere il diritto di tutti i proprietari sul bene stesso >>*.

Infatti per quanto in seguito si specificherà, lo spazio di manovra servendo solamente ai box 8 e 9 non può ritenersi rientrante nei beni comuni di cui alla presunzione iuris tantum ex art. 1117 c.c., non rientrando nell'elencazione fatta dal Legislatore nel suddetto articolo né il condominio ha prodotto un titolo giustificativo della proprietà dei suddetti 12 mq.

E a tal proposito la S.C. di Cassazione ha precisato che nell'azione di rivendica il "thema decidendum" è costituito dall'individuazione del titolo che giustifichi il diritto di proprietà vantato dall'attore (Cassazione civile , sez. II, 25 maggio 1981, n. 3427 Florio c. Villani Giust. civ. Mass. 1981, fasc. 5. - conforme - Cassazione civile , sez. I, 17 aprile 1982, n. 2340 Soc. Domiziana c. Min. finanze Giust. civ. Mass. 1982, fasc. 4.).

Del resto, colui che agisce in giudizio con l'azione di rivendicazione deve vincere la naturale presunzione di proprietà da parte del possessore del bene; pertanto **dovrà dimostrare non solo l'illegittimità del possesso altrui, ma anche la titolarità del proprio diritto di proprietà.**

A tal fine non è sufficiente provare in giudizio il proprio atto di compravendita, potendo lo stesso dante causa non essere proprietario, **bensì si deve provare un acquisto a titolo**

originario (probatio diabolica), che normalmente implica la prova di un proprio possesso ovvero del cumulo del possesso dei vari danti ed aventi causa fino a raggiungere il termine dell'usucapione ventennale. L'attore, infatti, per provare di essere proprietario, deve dimostrare anche che il suo dante causa era effettivo titolare del bene, dovendosi così risalire la catena degli acquisti sino a raggiungere la dimostrazione di un acquisto a titolo originario da parte di un dante causa remoto, ovvero dimostrare l'intervenuta usucapione del bene stesso, attraverso il cumulo di successivi possessi "uti dominus".

Niente di tutto ciò è stato provato dal condominio.

Premesso che l'elenco dei beni ex art. 1117 c.c. non è tassativo ma costituisce presunzione (iuris tantum) di comproprietà, si ricorda che **la S.C. di Cassazione con la sentenza n. 14885/2011** ha affermato che:

<< Il diritto di condominio sulle parti comuni dell'edificio ha il suo fondamento nel fatto che tali parti siano necessarie per l'esistenza ovvero che siano permanentemente destinate all'uso o al godimento comune. Di tali parti l'art. 1117 c.c. fa un'elencazione non tassativa ma meramente esemplificativa, ma essa può essere superata se la cosa, per obiettive caratteristiche strutturali, serve in modo esclusivo all'uso o al godimento di una parte dell'immobile, venendo meno in questi casi il presupposto per il riconoscimento di una contitolarità necessaria, giacché la destinazione particolare del bene vince l'attribuzione legale, alla stessa stregua del titolo contrario; fermo restando che la norma può essere derogata dal titolo, vale a dire da un atto di autonomia privata che, espressamente, disponga un diverso regime delle parti di uso comune >>.

Nel caso di specie, il CTU ha accertato che lo spazio di manovra serve solo per l'accesso ai box 8 e 9 e non a tutti i box che esistono nel condominio.

Dunque tale suddetto spazio di manovra non essendo stato con certezza definito dal CTU bene comune e non rientrando tra i beni elencati dall'art. 1117 c.c. quali parti comuni dell'edificio con presunzione iuris tantum, avendo il condominio espletato azione di rivendica della proprietà, doveva risultare dai titoli di proprietà del condominio stesso.

Meglio chiarendo, il condominio non può avvalersi della presunzione ex art. 1117 c.c. perché lo spazio di manovra non rientra tra i beni elencati dal Legislatore, né può rivendicare la proprietà non avendo fornito la prova di essere proprietario dei 12 mq in contestazione.

L'art. 1117 c.c. contempla due differenti forme di collegamento tra i piani e le porzioni di piano da una parte, e le cose, gli impianti ed i servizi di uso comune, dall'altra: un collegamento materiale e uno funzionale, consistente il primo nella incorporazione tra entità inscindibili, il secondo nella congiunzione tra *res* separabili.

Il primo si manifesta come necessità per l'esistenza o per l'uso (il tetto, le fondamenta, le scale, ecc.), che rende le cose in proprietà individuale e le cose comuni inseparabili le une dalle altre, pur nell'autonoma rilevanza giuridica.

Il secondo nesso, che si traduce nella destinazione all'uso o al servizio, ha luogo da un'unione fisica stabile tra la *res*, che tuttavia può essere posta nel nulla senza grave deterioramento dei beni (impianto di riscaldamento, tubature, ascensore, ecc.).

Questo particolare collegamento tra i beni individuali e i beni comuni, cui l'ordinamento dà rilevanza giuridica ponendolo a fondamento del diritto di condominio, è stato definito in giurisprudenza come "*relazione di accessorietà*", espressione che traduce in maniera unitaria e più esauriente quei collegamenti desumibili dall'art. 1117 c.c., poiché racchiude in sé sia il legame funzionale che la connessione materiale, in quanto l'accezione giuridica dell'accessorietà – desumibile dalle varie disposizioni codicistiche che a diversi fini ne fanno menzione – esprime, quanto alla funzione, il carattere complementare delle cose, degli impianti e dei servizi comuni rispetto ai piani o alle porzioni di piano, nel senso che ne evidenzia la mancanza di un'utilità fine a se stessa, e la subordinazione strumentale delle parti comuni.

Esso esprime, inoltre, la connessione materiale, che determina la mancanza di autonomia fisica dei beni, pur non escludendo il permanere dell'individualità giuridica.

Tale relazione tra il bene condominiale e quello di proprietà esclusiva è assente nella normativa sulla comunione che, invece, ha ad oggetto beni che offrono un'utilità autonoma, che prescinde da una relazione con un bene di proprietà comune.

Il discrimine tra i due istituti è nella funzione strumentale che caratterizza i beni condominiali, rispetto alla piena autonomia dei beni oggetto di semplice comunione. Pertanto:

– le cose, gli impianti ed i servizi di uso comune, contemplati dalle norme sul condominio negli edifici, non sono suscettibili di autonoma utilità, poiché sono o strutturalmente necessari alla stessa esistenza del bene individuale, ovvero funzionalmente destinati a servizio di questo, in guisa che il godimento dei beni comuni è strumentale al godimento (o al miglior godimento) del bene individuale.

– per contro, ai beni in comunione difetta il carattere della strumentalità, perché il rapporto di comunione si esaurisce nella mera contitolarità dei diritti, e ciascuno dei contitolari è in grado di godere direttamente del bene soddisfacendo in maniera immediata il proprio interesse, sia pure con il limite giuridico della concorrenza delle altre quote.

Un bene può considerarsi di proprietà comune se, per caratteristiche strutturali e funzionali, risulti, sia pure in via potenziale, oggettivamente destinato all'uso comune o all'esercizio di un servizio d'interesse comune.

Come giustamente ha affermato la S.C. di Cassazione con la sentenza n. 10700/2003:

<< La presunzione di comunione delle cose elencate in articolo postula la loro destinazione al godimento o al servizio del condominio, mentre viene meno laddove si tratti di un bene dotato di propria autonomia e indipendenza e, pertanto, non vincolato ad una destinazione di servizio rispetto all'edificio condominiale, atteso che la destinazione particolare vince la presunzione legale di comunione allo stesso modo di un titolo contrario >>.

Del resto si ricorda che in tema di azione di rivendicazione, di cui all'art. 948 c.c., per l'individuazione del bene rivendicato, del quale si chiede il rilascio (ovvero per stabilire esattamente l'unità immobiliare contesa), la base primaria dell'indagine del giudice di merito è costituita dall'esame e dalla valutazione dei titoli di acquisto delle rispettive proprietà, quando essi sono stati esibiti in giudizio. Difatti solo la mancanza o l'insufficienza di indicazioni sui dati di individuazione delle unità rilevabile dai titoli, ovvero la loro mancata produzione, giustifica il ricorso ad altri mezzi di prova, ivi comprese le mappe catastali (Cass. 17/10/2007 n. 21834).

Secondo la giurisprudenza, il rigore della regola secondo cui chi agisce in rivendicazione deve provare la sussistenza del proprio diritto di proprietà o di altro diritto reale sul bene anche attraverso i propri danti causa, fino a risalire ad un acquisto a titolo originario o dimostrando il compimento dell'usucapione, non riceve attenuazione per il fatto che la controparte proponga domanda riconvenzionale ovvero eccezione di usucapione, in quanto chi è convenuto nel giudizio di rivendicazione non ha l'onere di fornire alcuna prova, potendo avvalersi del principio possideo quia possideo, anche nel caso in cui opponga un proprio diritto di dominio sulla cosa rivendicata, dal momento che tale difesa non implica alcuna rinuncia alla (più vantaggiosa) posizione di possessore (Cass. 17/05/2007 n. 11555).

Si ricorda che nell'azione di rivendicazione ex art. 948 c.c., la quale tende al riconoscimento del diritto di proprietà dell'attore ed al rilascio in suo favore del bene rivendicato, l'attore è soggetto ad un onere probatorio rigoroso, in quanto è tenuto a provare la proprietà del bene risalendo, anche attraverso i propri "danti causa", sino ad un acquisto originario, ovvero dimostrando il compimento dell'usucapione, mediante il cumulo dei successivi possessi "uti dominus" (Cass. n. 1044/1995).

Ancora, l'attore che proponga una domanda di accertamento della proprietà e non abbia il possesso della cosa oggetto del preteso diritto, ha l'onere di offrire la stessa prova rigorosa richiesta per la rivendica, perché egli esercita un'azione a contenuto petitorio diretta al conseguimento di una pronuncia giudiziale utilizzabile per ottenere la consegna della cosa da parte di chi la possiede o la detiene; non è, invece, gravato da tale onere colui il quale, avendo il possesso della cosa, spieghi la domanda diretta all'accertamento della proprietà: in tal caso, infatti, l'azione tende non già alla modifica di uno status di fatto ma solo all'eliminazione di una situazione d'incertezza circa la legittimità del potere di fatto esercitato sul bene dall'attore (Cass. n. 3648/2004).

Meglio specificando, è opportuno chiedersi: cosa s'intende per atti conservativi e di conseguenza quali sono i limiti d'azione dell'amministratore?

Va detto che la giurisprudenza più recente e maggioritaria è orientata nel senso di riconoscere alla dizione << atti conservativi dei diritti ... >> il significato di atti pratici e

giudiziali finalizzati alla conservazione delle parti comuni dell'edificio. In questo contesto, ad esempio, è stato affermato che

“ l'amministratore del Condominio non è legittimato a concludere il contratto d'assicurazione del fabbricato se non abbia ricevuto la autorizzazione da una deliberazione dell'assemblea dei partecipanti alla comunione. A questa conclusione deve pervenirsi per la decisiva ed assorbente considerazione che la disposizione dell'art. 1130 c.c., comma 4 obbligando l'amministratore (l'amministratore deve compiere) ad eseguire gli atti conservativi dei diritti inerenti alle parti comuni dell'edificio, ha inteso chiaramente riferirsi ai soli atti materiali (riparazioni di muri portanti, di tetti e lastrici) e giudiziali (azioni contro comportamenti illeciti posti in essere da terzi) necessari per la salvaguardia dell'integrità dell'immobile, tra i quali non può farsi rientrare il contratto d'assicurazione, perché questo non ha gli scopi conservativi ai quali si riferisce la norma dell'art. 1130 c.c., ma ha come suo unico e diverso fine quello di evitare pregiudizi economici ai proprietari dell'edificio danneggiato”. (Cass. 3 aprile 2007 n. 8233).

Allo stesso modo, si ribadisce che **non rientrano nel novero degli atti conservativi** le azioni a carattere reale. In relazione a ciò è costante la giurisprudenza nell'affermare che *“l'amministratore non è legittimato all'esperimento di azioni reali contro i singoli condomini o contro terzi dirette ad ottenere statuizioni relative alla titolarità, al contenuto o alla tutela di diritti reali dei condomini su cose o parti dell'edificio condominiale che esulino dal novero degli atti meramente conservativi (al cui compimento l'amministratore è autonomamente legittimato ex art. 1130 c.c. n. 4 cod. civ.) (sent. 3 aprile 2003 n. 5147), come è confermato da quelle norme (come, ad es. l'art. 460 c.c.) che, nel menzionare gli atti conservativi, escludono che fra di essi siano comprese le azioni che incidono sulla condizione giuridica dei beni cui gli atti stessi si riferiscono (sent. 24 novembre 2005 n. 24764)”* (così Cass. 6 febbraio 2009 n. 3044).

Per completezza di esposizione, si fa presente che devono, invece, **essere considerati atti conservativi** a tutela dei diritti inerenti le cose comuni:

- a) le azioni cautelari (**denuncia di nuova opera o danno temuto**);
- b) i ricorsi d'urgenza finalizzati a recuperare la documentazione condominiale dall'amministratore uscente.

Dunque, nel caso specifico non vi è alcun dubbio che il Condominio abbia esercitato un'azione di rivendica della proprietà e se anche per pura ipotesi di scuola si trattasse di un'azione di mero accertamento della proprietà, si tratterebbe sempre di un'azione reale, interdetta al meccanismo deliberativo dell'assemblea dei condomini ed all'amministratore nella qualità e quale mandatario non tutti i condomini ma solamente di una parte di essi deliberanti a maggioranza.

Sempre per completezza di esposizione, si ricorda che alle "azioni a difesa della proprietà" è dedicato il Capo IV del Lib. III del c.c., ove sono regolate l'azione di rivendicazione, l'azione negatoria, l'azione di regolamento di confini e l'azione per apposizione di termini. Tali rimedi, per i quali è corrente la denominazione di "reali" o "petitori", possono avere finalità di recupero, di ripristino e, in alcuni casi, anche di risarcimento. L'attributo "petitorio" allude alla circostanza che, nel relativo giudizio, la *causa petendi* è rappresentata dal diritto di proprietà nella sua stessa esistenza o nel suo contenuto: l'azione mira dunque a proteggere l'essenza della proprietà contro ogni attività che la leda, e a ripristinare la pienezza del suo esercizio.

Al proprietario possono, tuttavia, giovare, in via indiretta, anche rimedi posti a presidio di posizioni diverse dal diritto reale sulla cosa: in particolare, per recuperare la cosa o far cessare le ingerenze di terzi nel suo godimento, il proprietario può avvalersi di rimedi personali (fondati su una pretesa di natura obbligatoria) o possessori (fondati sull'esercizio di un potere di fatto sulla cosa).

Ove siano presenti i presupposti per l'esercizio sia degli uni sia degli altri rimedi, il proprietario ha, in linea di principio, la possibilità di scegliere il rimedio che reputa più vantaggioso.

Nel caso specifico il Condominio ha scelto la via dell'azione petitoria ed in particolare dell'azione di rivendica della proprietà.

L'azione di rivendicazione spetta al proprietario per conseguire il possesso della cosa e mira alla condanna del convenuto alla consegna. Presupposto è l'accertamento del diritto di proprietà in capo all'attore al momento della proposizione della domanda.

Si ricorda che l'attore che agisce in rivendica deve dimostrare il suo diritto di proprietà. È ricorrente l'affermazione che, per soddisfare il predetto onere probatorio, l'attore debba provare di avere acquistato la proprietà a titolo originario e non possa limitarsi a dimostrare l'esistenza, in proprio favore, di un titolo d'acquisto a titolo derivativo.

Questo potrebbe, infatti, essere viziato dal difetto di legittimazione a disporre in capo al dante causa immediato (o a uno dei precedenti danti causa), ciò che, in applicazione della regola *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*, avrebbe tolto efficacia all'acquisto. In questo caso, la prova certa della proprietà si può raggiungere solo ulteriormente dimostrando che l'immediato dante causa dell'attore ha acquistato a titolo originario oppure risalendo a ritroso nella catena degli acquisti finché non si riscontri, in favore di uno dei precedenti danti causa, una situazione di proprietà consolidata da un acquisto originario.

Si tratta, pertanto, di una prova estremamente onerosa (cd. *probatio diabolica*) che delinea una posizione dell'attore ben più grave di quella del convenuto, il quale non ha invece alcun onere di giustificare il proprio possesso, ragione per cui il proprietario spogliato preferisce normalmente ricorrere alla più agevole tutela possessoria, se ne sussistono i presupposti.

Per i beni immobili occorre, invece, risalire, in linea di massima, a un acquisto a titolo d'usucapione. Occorre, peraltro, tenere presente che il rivendicante può anche avvalersi, al fine di dimostrare il compimento dell'usucapione a proprio favore, dei principi dell'accessione e successione nel possesso (art. 1146 c.c.), che gli consentono di sommare al proprio il possesso dei precedenti danti causa (di regola gli sarà dunque sufficiente documentare gli atti di trasferimento nel ventennio).

Colui che agisce in giudizio con l'azione di rivendicazione deve vincere la naturale presunzione di proprietà da parte del possessore del bene: pertanto dovrà dimostrare non solo l'illegittimità del possesso altrui, ma anche la titolarità del proprio diritto di proprietà.

A tal fine non sarà sufficiente provare in giudizio il proprio atto di compravendita, bensì si dovrà dimostrare un acquisto a titolo originario (*probatio diabolica* di cui *supra*), che normalmente implicherà la prova del proprio possesso ovvero del cumulo

del possesso dei vari *danti* ed *aventi causa* fino a raggiungere il termine dell'usucapione ventennale.

In particolare nell'azione di rivendicazione, l'attore è soggetto ad un rigoroso onere della prova, dovendo dimostrare non solo il proprio acquisto, ma anche che il suo *dante causa* era effettivo titolare del bene, e dovendo così risalire la catena degli acquisti sino a raggiungere la dimostrazione di un acquisto a titolo originario da parte di un *dante causa* remoto, ovvero dimostrare l'intervenuta usucapione del bene stesso, attraverso il cumulo di successivi possessi *uti dominus* per una durata ultraventennale.

Nel caso in esame il Condominio non ha dato la prova che i 12 mq in contestazione sono di sua proprietà.

In particolare si ricorda che in tema di azione di rivendicazione, di cui all'art. 948 c.c., per l'individuazione del bene rivendicato, del quale si chiede il rilascio (ovvero per stabilire esattamente l'unità immobiliare contesa), la base primaria dell'indagine del giudice di merito è costituita dall' esame e dalla valutazione dei titoli di acquisto delle rispettive proprietà, quando essi sono stati esibiti in giudizio. Difatti solo la mancanza o l'insufficienza di indicazioni sui dati di individuazione delle unità rilevabile dai titoli, ovvero la loro mancata produzione, giustifica il ricorso ad altri mezzi di prova, ivi comprese le mappe catastali (Cass. 17 ottobre 2007, n. 21834).

Secondo la giurisprudenza: << *Il rigore della regola secondo cui chi agisce in rivendicazione deve provare la sussistenza del proprio diritto di proprietà o di altro diritto reale sul bene anche attraverso i propri danti causa, fino a risalire ad un acquisto a titolo originario o dimostrando il compimento dell'usucapione, non riceve attenuazione per il fatto che la controparte proponga domanda riconvenzionale ovvero eccezione di usucapione, in quanto chi è convenuto nel giudizio di rivendicazione non ha l'onere di fornire alcuna prova, potendo avvalersi del principio possideo quia possideo, anche nel caso in cui opponga un proprio diritto di dominio sulla cosa compravenduta, dal momento che tale difesa non implica alcuna rinuncia alla (più vantaggiosa) posizione di possessore* >> (Cass. 17 maggio 2007, n. 11555).

Del resto, la prova del diritto di proprietà è diversa a seconda se sia a titolo originario o derivativo: nel primo caso l'attore deve dimostrare i presupposti della fattispecie acquisitiva; nel caso di acquisto a titolo derivativo sarà necessaria la dimostrazione dell'esistenza di un titolo idoneo (valido ed efficace) e che il *dante causa* sia effettivamente proprietario (c.d. *probatio diabolica*).

Nel giudizio di rivendicazione l'attore è onerato della prova dell'asserito diritto dominicale mediante la rigorosa dimostrazione del titolo originario di acquisto del bene – in ragione o della progressione risalente dei titoli derivativi sino all'originario costitutivo, o del possesso *ad usucapionem* anche per accessione sino al compimento del ventennio – con la precisazione che il principio stesso deve essere interpretato in relazione alle peculiarità di ciascun caso concreto sottoposto all'esame del giudice del merito.

Come ha affermato la S.C. di Cass. fin dal 1987 con la sentenza n. 3669 del 13/04/1987, la prova che deve dare l'attore che agisce in revindica è una prova estremamente onerosa (cd. *probatio diabolica*) che delinea una posizione dell'attore ben più grave di quella del convenuto, il quale non ha invece alcun onere di giustificare il proprio possesso.

Infine si ricorda quanto ha affermato la S.C. di Cassazione nella recentissima ordinanza n. 12840 del 23 Luglio 2012, secondo cui il sottotetto di un edificio se la proprietà non è indicata nel titolo si considera comune solo se per le sue caratteristiche risulta oggettivamente destinato all'uso di una pluralità di utenti.

Lo ha stabilito, infatti, la Corte di Cassazione con la predetta ordinanza 12840/2012 respingendo il ricorso di un condomino che contro un provvedimento esecutivo chiedeva l'accertamento della natura condominiale del sottotetto e della terrazza sovrastanti l'appartamento oggetto dell'aggiudicazione e della conseguente invalidità del titolo traslativo della proprietà di tali porzioni condominiali.

Per la Corte infatti << *l'appartenenza del sottotetto di un edificio va determinata in base al titolo, in mancanza o nel silenzio del quale, non essendo esso compreso nel novero delle parti comuni dell'edificio essenziali per la sua esistenza o necessarie all'uso comune, la presunzione ex articolo 1117 c.c. è applicabile solo nel caso in cui il*

vano, per le sue caratteristiche strutturali e funzionali, risulti oggettivamente destinato all'uso comune oppure all'esercizio di un servizio di interesse condominiale >>.

Il principio stabilito nella suddetta ordinanza vale anche nel caso in esame, in cui l'appartenenza dei 12 mq. in questione va determinata in base al titolo, in mancanza o nel silenzio del quale, non essendo essi compresi nel novero delle parti comuni dell'edificio essenziali per la sua esistenza o necessarie all'uso comune, la presunzione ex art. 1117 c.c. sarebbe applicabile solo nel caso in cui i 12 mq. di disimpegno, per le loro caratteristiche strutturali e funzionali, fossero oggettivamente destinati all'uso comune oppure all'esercizio di un servizio di interesse condominiale.