



UNIVERSITÀ POLITECNICA DELLE MARCHE  
FACOLTÀ DI ECONOMIA “GIORGIO FUÀ”

---

Corso di Laurea triennale in Economia e Commercio

**“L’accertamento della proprietà”**  
**“The assessment of the property”**

Relatore:

Prof. Pietro Maria Putti

Rapporto Finale di:

Maria Cristina Marchesini

Anno Accademico 2018/2019

## **Indice**

<b>1. INTRODUZIONE.....</b>	<b>3</b>
<b>2. IL DIRITTO DI PROPRIETA' : CARATTERI GENERALI.....</b>	<b>5</b>
<b>2.2.1 LE CARATTERISTICHE ED I LIMITI DEL DIRITTO DI PROPRIETA' .....</b>	<b>6</b>
<b>3. I MODI DI ACQUISTO DELLA PROPRIETA' .....</b>	<b>7</b>
<b>3.3.1 LA RIVENDICAZIONE.....</b>	<b>8</b>
<b>4. IL CONDOMINIO .....</b>	<b>10</b>
<b>5. IL CASO DELLA SENTENZA N.1210 DEL 18-01-2017.....</b>	<b>12</b>
<b>5.5.1 RIVENDICARE LA PROPRIETA' DI UN IMMOBILE .....</b>	<b>13</b>
<b>5.5.2 LA PROBATIO DIABOLICA .....</b>	<b>15</b>
<b>6. USO DELLA COSA COMUNE .....</b>	<b>16</b>
<b>7. IL RICORSO E LE SUE MOTIVAZIONI.....</b>	<b>18</b>
<b>7.7.1 I DIVERSI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI.....</b>	<b>19</b>
<b>7.7.2 LA LINEA “DURA DELLA GIURISPRUDENZA” .....</b>	<b>23</b>
<b>7.7.3 ATTENUAZIONE DELLA PROBATIO DIABOLICA.....</b>	<b>24</b>
<b>8. CONCLUSIONE.....</b>	<b>30</b>

## **Bibliografia e sitografia**

## 1. INTRODUZIONE

Questa tesi è incentrata su un diritto reale, il diritto di proprietà. Diritto che è stato nel tempo ampiamente messo in discussione, che ha una vera e propria storia e che interessa ogni uomo nelle più svariate situazioni.

Delle varie sfaccettature sulle quali si potrebbe discutere, in particolare ho scelto di soffermarmi su quelle che possiamo definire le modalità con le quali si può andare a provare che un soggetto sia effettivamente titolare di questo diritto e che quindi lo possa esercitare. Tale situazione, nello scritto, è inquadrata in un contesto condominiale. Anche la situazione di “condominio” infatti, specialmente se si vive in una realtà molto affollata, risulta diffusa e per questo ho trovato interessante l’argomento.

Lo spunto iniziale è stato preso da una sentenza della Corte di Cassazione, la n.12010 del 18 Gennaio 2017, dalla quale appunto emerge una situazione conflittuale fra 3 condomini riguardante la proprietà o comproprietà di un terrazzo. Chi quindi può definirsi proprietario? Come lo può dimostrare? Sono queste le domande a cui cercherò di trovare una risposta. La tesi, nei capitoli che seguono, sarà strutturata partendo da un’analisi generale del diritto di proprietà e delle sue caratteristiche, dei suoi limiti, nonchè si tratterà di come si acquisisce il titolo di proprietario e dei modi a disposizione per privare tale situazione; verrà trattata la

figura del condominio, per poi passare attraverso l'analisi della sentenza cercando di dare, fornendo dei paragoni, un risvolto pratico a quanto sopra citato.

Quindi nella parte conclusiva l'obiettivo sarà quello di discutere come la giurisprudenza guardi a queste fattispecie.

## 2. IL DIRITTO DI PROPRIETA' : CARATTERI GENERALI

Il diritto di proprietà è quello che forse più di qualsiasi altro diritto interpreta uno dei fondamentali bisogni dell'uomo, quello di avere un suo spazio dove possa liberamente esplicarsi.

Questo spazio, separato da quello degli altri esseri umani, è composto di luoghi e cose dove l'uomo può sviluppare liberamente il suo dominio, senza interferenze da parte di altri individui.

Marx diceva che un ipotetico venir meno della proprietà, la sua negazione, porterebbe alla “negazione di tutto il mondo della cultura e della civiltà” con conseguente “ritorno all’innaturale semplicità dell’uomo povero, rozzo e senza bisogni”.

Sin dai tempi più antichi, questo bisogno è stato quindi sempre riconosciuto dalle comunità umane, a volte come vero e proprio dominio assoluto su luoghi, beni e anche persone, altre volte in una forma più attenuata da vincoli imposti dagli ordinamenti giuridici.

Le società democratiche, questo diritto lo hanno da sempre accettato, ma con dei limiti, poiché nell'attuale stato di evoluzione giuridica e sociale, ripugna pensare che il proprietario abbia un dominio assoluto sui suoi beni, dominio che in certi casi può anche contrastare con i superiori interessi della collettività.

## 2.2.1 LE CARATTERISTICHE ED I LIMITI DEL DIRITTO DI PROPRIETA'

In Italia, il legislatore del 1942, rispetto al codice del 1865, ha preferito anziché definire l'istituto, definire il contenuto del diritto del proprietario, mettendone indirettamente in risalto la finalizzazione e, direttamente, l'inquadramento giuridico. L'enunciazione "Il proprietario ha il diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico" è stata criticata dalla dottrina in quanto il diritto del proprietario può sussistere senza risolversi né in un atto di godimento ad esempio quando si tratta di proprietà gravata da usufrutto, né in un atto di disposizione quando si ha a che fare con , proprietà gravata da vincoli dotali, essendo essenzialmente costituito da un titolo di appartenenza del bene. È da notare inoltre, che la disciplina del codice, più di quello che non appaia dall'enunciazione, si fa esplicita nelle norme che dispongono le cosiddette limitazioni della proprietà regolati agli art. 833-839 c.c; nonché ci sono norme volte a dirimere i conflitti di proprietà e in tutta la regolamentazione della proprietà fondiaria . Nella disciplina del codice la dottrina aveva già individuato l'intento del legislatore di indirizzare la proprietà al perseguimento della cosiddetta funzione sociale, mettendo in crisi il concetto di proprietà come pura espressione di diritto soggettivo.

### **3. I MODI DI ACQUISTO DELLA PROPRIETA'**

Per modi di acquisto della proprietà si intendono i fatti giuridici che hanno per effetto l'acquisto della proprietà di una cosa. Sono disciplinati dal codice civile all'art. 922 con un'elencazione. Dei modi di acquisto ne parla anche l'articolo 42 comma 2 della Costituzione, che riserva alla legge il compito di determinarli, allo scopo di assicurare la funzione sociale della proprietà e di renderla accessibile a chiunque.

Nell'ambito delle modalità di acquisto della proprietà possiamo fare la distinzione tra:

- modi di acquisto a 'titolo derivativo', che importano la successione nello stesso diritto già appartenente ad altro soggetti, per cui gli eventuali vizi che inficiavano il titolo del precedente proprietario si riverberano anche sul successore. Questi sono, come indicato dall'art 922 cc., il contratto, in particolare il contratto di compravendita o anche la donazione; la successione a causa di morte o i trasferimenti coattivi.

L'acquisto a titolo derivativo è soggetto all'applicazione di due principi.

Il primo dice che nessuno può trasferire più diritti di quanti ne abbia: l'avente causa acquista il diritto se il dante causa ne era titolare e l'acquisto è gravato dai diritti reali parziali eventualmente esistenti sulla cosa.

Il secondo invece dice che la risoluzione o la dichiarazione di nullità che colpisce l'acquisto del dante causa, si ripercuote sul patrimonio dell'avente causa, facendo venire meno il suo acquisto.

-modi di acquisto 'a titolo originario', da intendersi quindi quelli che determineranno la nascita di un diritto nuovo, del tutto indipendente rispetto a quello prima eventualmente spettante sullo stesso bene ad altro precedente proprietario. Questi sono quindi l'occupazione, l'invenzione, l'accessione, l'usucapione e il possesso in buona fede di beni mobili.

In questo caso di estingue il diritto del precedente proprietario venendo meno anche i diritti reali e le garanze reali che gravavano sul bene.

### **3.3.1 LA RIVENDICAZIONE**

In tema di azioni a difesa della proprietà l'azione di rivendicazione e quella di restituzione, pur tendendo al medesimo risultato pratico del recupero della materiale disponibilità del bene, hanno natura e presupposti diversi. Infatti, con la prima azione, di carattere reale, l'attore assume di essere proprietario del bene e, non essendone in possesso, agisce contro chiunque di fatto ne disponga onde conseguire nuovamente il possesso, previo riconoscimento del suo diritto di proprietà. Viceversa, con l'azione di restituzione, avente natura personale, colui che agisce in

giudizio mira solo ad ottenere la riconsegna del bene stesso, così da potersi limitare alla dimostrazione dell'avvenuta consegna in base ad un titolo e del successivo venir meno di questo per qualsiasi causa, o ad allegare l'insussistenza "ab origine" di qualsiasi titolo. Colui che agisca in rivendica deve provare la sussistenza dell'asserito diritto di proprietà sul bene anche mediante i propri danti causa fino a risalire ad un acquisto a titolo originario, ovvero dimostrando il compimento dell'usucapione. Tuttavia secondo un orientamento giurisprudenziale il rigore della prova della proprietà nell'azione di rivendicazione è attenuato in alcune ipotesi come ad esempio quando il convenuto sostiene, in via riconvenzionale, di aver acquistato per usucapione la proprietà del bene rivendicato, riducendosi in tal caso l'onere probatorio posto a carico dell'attore in rivendicazione alla prova di valido titolo di acquisto da parte sua e dell'appartenenza del bene ai suoi danti causa in epoca anteriore a quella in cui il convenuto assuma di aver iniziato a possedere, nonché alla prova che quell'appartenenza non è stata interrotta da un possesso idoneo ad usucapire da parte del convenuto. Allineata con questa interpretazione si collocano le sentenze della Cass. 19 ottobre 2017, n. 24722 e Cass. 4 gennaio 2017, n. 83.

#### 4. IL CONDOMINIO

L'Istituto del Condominio è stato disciplinato in modo sistematico solo con il Codice Civile del 1942. Più precisamente nel Codice Civile si parla del Condominio quando si tratta del diritto di proprietà ed ancor più specificatamente della comunione di un bene immobile. La peculiarità del Condominio è che coesistono nello stesso palazzo parti o porzioni di proprietà esclusiva, ad esempio appartamenti, negozi, e parti di proprietà comune. Leggendo l'art. 1117 del Codice Civile dal titolo "Parti comuni dell'edificio" troviamo un'elencazione delle parti comuni. La peculiarità rispetto alla più generale disciplina della comunione va rintracciata nel fatto che nel condominio coesistono parti di proprietà esclusiva accanto a parti di proprietà comune. Pertanto, mentre tutti i beni immobili possono essere oggetto di comunione, non tutti possono essere in condominio. Se le unità immobiliari sono di proprietà esclusiva di diversi soggetti si applicherà la disciplina del condominio. Tuttavia, qualora lo stesso palazzo sia oggetto di proprietà indivisa tra più persone, ad esempio perché lasciato in eredità dal padre ai propri figli senza assegnazione delle singole unità, esso sarà soggetto alla comunione. È chiaro, allora, che il tratto distintivo delle due fattispecie va individuato nella diversa conformazione dei diritti di proprietà dei singoli rispetto al bene immobiliare.

Si può, quindi, affermare che il condominio è una particolare forma di comunione

nella quale coesistono parti di proprietà esclusiva e parti di proprietà comune. Nei rapporti interni tra condomini operano con pari efficacia tutte le azioni contrattuali, petitorie, possessorie ed assicurative, a norma dei principi generali, che nulla presentano di particolare.

La costante crescita del contenzioso inerente la materia in oggetto nonché l'avanzamento delle moderne tecnologie, della cultura e le mutate istanze sociali hanno spinto il legislatore a rivisitare ed aggiornare l'intera normativa condominiale, cogliendo tutti gli spunti emersi dalla corposa giurisprudenza, di legittimità e di merito, formatasi nel tempo sul tema per far fronte al fabbisogno di tutela giudiziaria e dare una risposta alla grande varietà di quesiti sottoposti alla sua attenzione. Ecco, quindi, che il 20 novembre 2012 la Commissione Giustizia del Senato della Repubblica ha approvato il testo definitivo della riforma del Condominio: un insieme di articoli che hanno integrato ed aggiornato un ambito giuridico che ha guadagnato e continua a riscuotere sempre più attenzione da parte degli operatori. Con il nuovo testo della legge 11 dicembre 2012 n. 220 "Modifiche alla disciplina del condominio negli edifici" il legislatore è intervenuto incisivamente su tutta la materia, revisionando alcuni degli articoli più importanti come ad es. l'art. 1117 e l'art. 1129 sulla figura dell'amministratore e aggiungendone altri come l'art. 1117 da bis a quater; art. 1122 bis e ter; art. 1130 bis.

## 5. IL CASO DELLA SENTENZA N.1210 DEL 18-01-2017

La pronuncia della Corte di Cassazione n. 1210 del 18.01.2017 affronta il tema della prova nell'ambito di un'azione finalizzata all'accertamento del diritto di proprietà di un lastrico solare posto all'interno di un condominio.

Il contezioso si sviluppa fra tre condomini, rispettivamente due contro uno.

Due delle parti infatti, lamentano che sul terrazzo l'altro comproprietario avesse "illecitamente" edificato un lucernaio che ne andava a compromettere l'utilizzo comune e chiedevano quindi la rimozione dello stesso, previo accertamento del loro diritto di proprietà sul terrazzo indiviso.

La domanda è stata accolta dal tribunale, che quindi ha dichiarato il terrazzo, in comproprietà indivisa fra i 3 condomini ed ha condannato il convenuto alla rimozione del lucernario costruitovi.

Il convenuto allora, si è costituito in giudizio chiedendo il rigetto della domanda, in virtù della proprietà esclusiva, secondo lui garantita dal proprio titolo di acquisto dell'immobile in condominio. Trovatosi in questa situazione, il convenuto, propone ricorso, giustificato con quattro motivazioni, contro la decisione presa del tribunale, e va a chiedere alla società che gli aveva venduto l'immobile, di restituirgli parte delle spese che aveva sostenuto per l'acquisto e per la demolizione del lucernario.

La vicenda va quindi a svolgersi attorno al fatto che, la domanda posta dagli attori, viene classificata dal tribunale come accertamento della proprietà, e quindi viene giustificata esclusivamente dal titolo di acquisto

Sorge dunque spontanea la domanda se sia o meno sufficiente, anche per un'azione di accertamento, la prova della proprietà senza gravame di probatio diabolica.

### **5.5.1 RIVENDICARE LA PROPRIETA' DI UN IMMOBILE**

Dimostrare di essere i proprietari di una casa o di un terreno non è così facile come può sembrare a prima vista. Non è infatti vero che la prova è già implicita nell'atto di provenienza, ossia nel contratto di compravendita firmato davanti al notaio. C'è bisogno di dimostrare qualcos'altro: di aver cioè acquistato il bene da chi ne era l'effettivo proprietario e che questo a sua volta, abbia comprato l'immobile dal legittimo titolare e così via, risalendo nel tempo fino al primo atto di acquisto. In questa ricostruzione di tutta la catena delle varie cessioni dell'immobile, ci si può comunque fermare agli ultimi 20 anni, ossia al tempo necessario all'usucapione, che va quindi a costituire titolo valido per sanare qualsiasi tipo di acquisto "dal non proprietario". Questo lo ha chiarito la Cassazione con una recente sentenza, la n.27366 del 2016, che ripropone fatto simile a quello sopra citato.

Immaginiamo che una persona venga chiamata in causa dal proprio vicino il quale affermi di essere proprietario di una striscia di terra posta sul confine tra le due abitazioni, striscia che il primo ha invaso con delle proprie fioriere, ritenendola propria. Ebbene, il convenuto, ossia colui che riceve la notifica della citazione ed è costretto a difendersi, non ha l'onere di fornire alcuna prova della titolarità del bene. Spetta, invece, all'avversario, colui cioè che lo ha citato, dimostrare il contrario. È proprio su questo punto che si è soffermata la Cassazione per chiarire come si dimostra la proprietà di una casa o un terreno. Tutte le volte in cui è in discussione la titolarità di un immobile, colui che afferma di esserne proprietario e desidera che il bene gli venga restituito da chi lo detiene dovrà provare la sua proprietà non solo in base al contratto di acquisto, ma anche che ha ricevuto questo diritto da chi a sua volta era proprietario e così anche per il precedente proprietario fino a giungere al primo e incontestabile proprietario da cui è sorto il diritto di proprietà in contestazione. Deve cioè soggiacere alla probatio diabolica. In alternativa, si potrebbe dimostrare l'usucapione. A tal fine, non è necessario aver posseduto personalmente il bene per 20 anni, ma basta dimostrare che il proprio possesso, unito a quello dei precedenti titolari, abbia raggiunto il ventennio.

### 5.5.2 LA PROBATIO DIABOLICA

Probatio diabolica alla lettera prova del diavolo è un'espressione latina in uso nel linguaggio legale di molti paesi. L'espressione viene usata per indicare una prova impossibile. Quando un sistema giuridico si trova di fronte a questa situazione in genere ricorre all'inversione dell'onere della prova o concede diritti aggiuntivi per la parte che si trova di fronte alla probatio diabolica. In sostanza la mancanza della prova che contraddice l'affermazione data rende l'affermazione vera in un certo senso. Secondo la tradizione questo uso del termine si collega con l'idea che non vi sono prove per dimostrare che il diavolo esiste. Ma non si può provare che "il diavolo non esiste" in questo modo, quindi non si può escludere che il diavolo esista. Ritornando a parlare in termini giuridici, ci può trovare a dover provare il titolo del diritto di proprietà. Ossia, se l'acquisto è a titolo originario, sarà sufficiente fornire la prova di tale titolo. Più difficoltosa invece può risultare la cosa se l'acquisto è stato fatto a titolo derivativo infatti, non basterà la produzione in giudizio di un titolo di acquisto, in quanto l'alienante potrebbe non essere stato il proprietario del bene e quindi non legittimato a trasferirne la titolarità all'acquirente, allora l'attore dovrà dare la prova oltre che del titolo di acquisto, anche del titolo di acquisto dei precedenti titolari, fino ad arrivare ad un acquisto a titolo originario. Ci si potrebbe trovare quindi in situazioni effettivamente difficili: la prova risultando così estrema viene denominata anche probatio diabolica.

## 6. USO DELLA COSA COMUNE

Ulteriore considerazione viene fatta in merito alla costruzione del lucernario, ovvero, viene violato l'Art. 1102 c.c..

L'Art. infatti dispone che: "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. A tal fine può apportare a proprie spese le modificazioni necessarie per il miglior godimento della cosa. Il partecipante non può estendere il suo diritto sulla cosa comune in danno degli altri partecipanti, se non compie atti idonei a mutare il titolo del suo possesso."

Così viene chiaramente spiegata la motivazione per cui B. non avesse i presupposti per costruire un lastrico a discapito degli altri due attori.

L'art. 675 del vecchio codice attribuiva a ciascun partecipante la facoltà di servirsi delle cose comuni con le seguenti limitazioni: che egli ne impiegasse secondo la loro destinazione fissata dall'uso; che egli non se ne servisse contro l'interesse della comunione; che egli non impedisse agli altri partecipanti di servirsene secondo il loro diritto. Quanto al primo requisito, si riteneva che l'uso dovesse essere conforme alla destinazione della cosa, intendendo per destinazione quella naturale, normale, ordinaria, conforme all'essenza della cosa, salvo che le parti concordemente l'avessero destinata ad un uso diverso dall'ordinario, nel qual caso quest'ultima forma di utilizzazione prevaleva sulla prima. Riguardo al secondo, il con-

mino non poteva col suo uso deteriorare la cosa comune, e per il terzo, infine, l'esercizio del diritto da parte di un condomino non doveva impedire l'esercizio del diritto di condominio da parte di altro condomino. Non era essenziale, però, che l'esercizio del diritto fosse uguale per tutti i condomini, purché non vi fosse danno per gli altri condomini e quindi potessero continuare a servirsi della cosa conformemente alla sua destinazione, secondo il loro diritto. Il nuovo codice ha ridotto i tre limiti a due: divieto di alterare la destinazione della cosa e divieto di impedire agli altri partecipanti di farne parimenti uso, secondo il loro diritto: ed opportunamente, l'uso secondo l'interesse della comunione e, invece, la risultante dell'uso secondo la destinazione della cosa ed in modo da rispettare il diritto dei compartecipi.

Il nuovo codice ha altresì prescritto l'osservanza della destinazione della cosa, senza la qualifica che essa debba essere quella fissata dall'uso. L'omissione, però, non pone una differenza rispetto al codice passato, non tanto perché in seno alle Commissioni delle Assemblee legislative è stato ritenuto ovvio il riferimento alla destinazione attuale, quanto perché, se le parti nulla hanno convenuto circa la destinazione, questa non può essere che quella conforme alla natura della cosa e cioè ad un modo generale e normale di usare di essa.

## 7. IL RICORSO E LE SUE MOTIVAZIONI

La sentenza presenta dunque le motivazioni del ricorso. Di particolare importanza è il primo motivo, essendo l'unico fra i 4 che risulta assolto dalla Corte di Cassazione. I restanti 3 motivi restano assorbiti.

- Il primo motivo è fondato sul fatto che la Corte, aveva errato nel qualificare l'azione preposta fa F.G. e Bo. Ro. come azione di accertamento e non come rivendica,

avendo travisato la situazione di fatto, in quanto gli attori erano andati a chiedere sia una verifica dei relativi diritti di proprietà sul terrazzo, ma altresì che il lucernario potesse essere rimosso in modo tale da recuperare l'utilizzo comune del bene. La presenza della porta-finestra, valorizzata dalla Corte d'Appello, convalida solo l'esistenza di un accesso al terrazzo, ma non rappresenta un indizio del possesso dello stesso.

E' questa quindi la chiave di lettura dell'intera vicenda.

-Con il secondo motivo si contesta che il terrazzo non risultasse compreso nel titolo di acquisto risalente al 2001 relativo a F.G. e Bo.Ro., mentre invece era inserito nel decreto di trasferimento del Giudice Delegato risalente al 1999.

-Il terzo motivo lamenta la violazione dell'art. 2921 cc. e della L. fall. art.26 in quanto, nel momento di aggiudicazione in sede fallimentare, il diritto non risultava da alcun atto trascritto anteriormente.

-Il quarto motivo andava a lamentare la violazione degli articoli 1158, 1159 e 1146 cc. nonché vizio di motivazione , riguardo il rigetto della domanda di usucapione.

La corte accoglie solamente il primo motivo del ricorso, lasciando assorbiti gli altri tre. La sentenza va quindi cassata e la causa è rinviata ad altra sezione della Corte d'Appello di Milano, che riesaminerà la questione.

#### **7.7.1 I DIVERSI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI**

Quando, oltre all'accertamento della proprietà, la domanda giudiziale tende a conseguire anche il pieno utilizzo del bene, occorre fornire la prova rigorosa prescritta in tema di azione di rivendica della proprietà ex art. 948 c.c.

Parte della giurisprudenza, viceversa, ritiene che tale severa prova, cd. probatio diabolica, non sia necessaria allorquando la domanda sia limitata al mero accertamento della proprietà, senza alcuna pretesa restitutoria, dovendo in questo caso semplicemente dimostrare il titolo d'acquisto del bene.

Con la sentenza n. 1210, pubblicata in data 18 gennaio 2017, la Corte di Cassazione dibatte sulla questione, dando atto dell'esistenza di un ulteriore orientamento che la stessa sembrerebbe sposare.

In altri termini, secondo questa ulteriore corrente di pensiero, anche nel caso di domanda volta al solo accertamento della proprietà, non esisterebbe alcuna attenuazione dell'onere probatorio, tesi più rigorosa che parrebbe sostenuta, in motivazione, anche dalle sezioni unite con la Sentenza n. 7305 del 2014, in virtù del fatto che, qualunque azione fondata sul preteso diritto di proprietà, andrebbe pienamente dimostrata.

Nella situazione della sentenza n.1210 i convenuti lamentavano che sul terrazzo uno dei comproprietari avesse illecitamente edificato un lucernaio che ne comprometteva l'utilizzo comune e quindi, chiedevano la rimozione dello stesso, previo accertamento del loro diritto di proprietà sul terrazzo indiviso.

Il convenuto conveniva in giudizio chiedendo il rigetto della domanda in virtù della proprietà esclusiva del bene, avanzando anche domanda al fine di accertare la sua proprietà esclusiva. Ad ogni modo, chiamava in giudizio i propri danti causa al fine di essere garantito in caso di evizione. Il condominio in tutto ciò non è intervenuto. La domanda principale veniva rigettata in primo grado, con l'accoglimento di quella riconvenzionale, e con la sentenza, impugnata dinanzi alla Corte d'Appello di Milano, la terrazza veniva dichiarata in comproprietà in misura uguale tra i proprietari di entrambi gli immobili che ad essa avevano accesso, con condanna del convenuto alla rimozione del lucernaio.

A fondamento della propria decisione il giudice ha ritenuto decisiva la menzione del terrazzo nell'atto di acquisto dell'immobile da parte degli attori, circostanza dalla quale ha fatto discendere la comproprietà del bene.

Ma la Corte di Cassazione cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa ad altra sezione della Corte d'appello di Milano.

Secondo questa, gli attori dovevano soggiacere all'onere di offrire la prova rigorosa prescritta in tema di azione di rivendica della proprietà ex art. 948 c.c., avendo agito per ottenere, previo accertamento della comunione, il recupero della piena utilizzazione della terrazza, mediante demolizione del lucernaio costruito dal convenuto che pregiudicava il loro utilizzo del bene comune e il ripristino della situazione dei luoghi, allo scopo di conseguire un provvedimento che consentisse loro l'esercizio dei poteri spettanti ai comunisti nell'uso del bene e quindi disponesse la modifica dello stato di fatto.

In altre pronunce, viceversa, si è negata ogni attenuazione dell'onere probatorio del titolo del preteso dominio della proprietà, rispetto all'azione di rivendica, per chi proponga un'azione di accertamento della proprietà di un bene.

Quest'ultima più rigorosa interpretazione potrebbe ora trovare corroborazione pure negli argomenti posti da Cass. sez. un. 28 marzo 2014, n. 7305, nel senso di non ammettere alcuna elusione dall'onere della probatio diabolica ogni qual volta sia proposta un'azione, quale appare pure quella di accertamento, che trovi il pro-

prio fondamento comunque nel diritto di proprietà tutelato erga omnes, del quale occorre quindi che venga data la piena dimostrazione.

Quindi in questo caso, posto che la domanda era rivolta sia all'accertamento della comproprietà/proprietà, che alla modifica della situazione di fatto creatasi, occorreva la prova della proprietà del bene, anche verificando la sequela degli atti di acquisto fino a chi abbia acquistato in via originaria ovvero dimostrando l'avvenuta usucapione del bene.

Al contrario, "la Corte d'appello di Milano ha ritenuto decisiva per provare la comproprietà del terrazzo in capo a “...” soltanto la menzione nell'atto di acquisto dell'immobile in loro favore, del confine ad est enti comuni, mentre ha privato di significatività la circostanza che lo stesso terrazzo, contiguo ed accessibile da entrambi gli appartamenti, avesse formato oggetto di esplicito riferimento prima nel decreto di trasferimento emesso con l'aggiudicazione a “...”, e poi nel titolo di acquisto del 28 ottobre 1999 in capo a “...”, senza risalire a quella che in sentenza viene individuata quale comune dante causa rispetto alle successive vicende derivative, con violazione del disposto di cui all'art. 948 c.c., in merito alla prova rigorosa prescritta in tema di azione di rivendica.

### **7.7.2 LA LINEA “DURA DELLA GIURISPRUDENZA”**

Un'altra linea guida dettata dalla giurisprudenza la si riscontra con una recente sentenza, la n. 2015 del 2018, della Corte d'Appello di Bari, che sembra sposare l'orientamento più duro per quanto riguarda l'accertamento della proprietà. In questo caso si parla più propriamente di prova dell'usucapione, ma tramite questa considerazione si giunge al merito dell'accertamento della proprietà.

Nella domanda di usucapione in oggetto della sentenza, l'attore si assume l'onere di ribaltare un diritto altrui, ovvero il diritto di proprietà, costituzionalmente protetto con la prova di un possesso continuato ed indisturbato, che fino a quando non matura l'acquisto per usucapione, si configura come un illecito e cioè la abusiva violazione di quel diritto costituzionalmente protetto, la cui prova si basa, a sua volta, su un titolo formale, e cioè un elemento certo, costituito dall'atto scritto con cui il diritto è stato acquistato.

E' per questo che l'azione diretta all'accertamento della proprietà o di altro diritto reale su una cosa, fondata su un rapporto di fatto ma in contrasto con l'apparenza formale dei documenti comporta l'onere di fornire una rigorosa prova in ordine ai requisiti del possesso necessari ad usucapire, ovvero al possesso pacifico, incontestato e continuativo ed ultraventennale del bene di cui si chiede il riconoscimento della proprietà esclusiva, tale da non lasciare perplessità di sorta in ordine al pos-

nesso corrispondente all'esercizio del diritto di proprietà protratto per il tempo previsto.

Ne deriva pertanto che laddove come in questo caso, il contesto probatorio risulti insufficiente a dimostrare siffatti precisi requisiti, l'invocata usucapione non può dirsi accertata e alla relativa domanda segue per forza il rigetto.

La situazione risulta paragonabile a quella della sentenza n.1210 del 2017, tanto è vero che anche in quell'occasione è stata rigettata la proposta fatta in ricorso da B.S., ma anche qui oltre alla casistica strettamente pertinente alla figura dell'usucapione, premessa una generalizzazione del caso, si parla di necessità della prova rigorosa.

### **7.7.3 ATTENUAZIONE DELLA PROBATIO DIABOLICA**

Una recente decisione del Supremo Collegio, a seguito della sentenza n. 20593 del 7 agosto 2018, offre lo spunto per alcuni interessanti rilievi, relativamente alla prova della proprietà di un bene sito in un condominio. La fattispecie sottesa alla controversia è per certi versi peculiare alla sentenza n.1210 del 18 Gennaio 2017. Infatti la sentenza prende origine da una domanda, proposta da un condomino, proprietario di un appartamento al piano terra dello stabile con annesso terrazzo a livello, il quale aveva convenuto in giudizio un altro condomino, titolare di altra unità immobiliare nello stesso stabile, al fine di sentire accertare il suo diritto di

proprietà esclusiva sul terrazzo in questione per averlo acquistato a titolo derivativo da altro soggetto o, in subordine, a titolo “originario” in forza di usucapione. Il convenuto aveva contestato le avverse pretese, deducendo la natura condominiale ex art. 1117 c.c. del vano in contestazione, e, nelle more del giudizio, aveva proposto domanda di reintegra, assumendo di essere stato spogliato del possesso del locale per averlo l'attore chiuso con una struttura in muratura. Il Tribunale aveva rigettato la domanda proposta dall'attore ed aveva accolto la domanda riconvenzionale proposta dal convenuto e, per l'effetto, aveva dichiarato il terrazzo oggetto del contenzioso di proprietà comune, ratificando, altresì, il provvedimento possessorio emesso in corso di causa. Il condomino soccombente ricorreva per cassazione, in primo luogo, denunciando la violazione dell'art. 112 c.p.c., e rimproverando al giudice di appello di aver errato, per un verso, nel qualificare la sua azione come “rivendica” ex art. 948 c.c., in quanto non c'era domanda di restituzione, e, per altro verso, nel ritenere esso attore privato del possesso, a vantaggio del convenuto, benché lo stesso si fosse dichiarato pieno proprietario e le parti in causa avessero chiesto di accertare la proprietà. In secondo luogo, il ricorrente rilevava come non sarebbe dato comprendere le argomentazioni logico-giuridiche sottese alla qualificazione del terrazzo come “condominiale”, posto che lo stesso non rientrava tra i beni elencati nell'art. 1117 c.c., né siffatta qualificazione trovava conforto nei titoli allegati. Si prospettava, in terzo luogo, la violazione degli artt. 1168 c.c. e 704 c.p.c., sottolineando che, essendo stato introdotto un giudizio pos-

cessorio, la sua concessione avrebbe “esautorato” l'azione petitoria, dal momento che il giudice non avrebbe mai potuto annullare il suo stesso provvedimento, sicché ogni successiva azione sarebbe risultata viziata da tale provvedimento. I giudici di Piazza Cavour hanno scrutinato congiuntamente tali doglianze stante l'evidente connessione, ma le hanno ritenute tutte non meritevoli di accoglimento. E' stato evidenziato che la Corte territoriale, ha motivatamente qualificato la domanda principale proposta dall'attore come rivendica, riconducendo quella riconvenzionale all'accertamento della natura condominiale del bene. In ordine alla seconda tematica, si è rammentato che, in tema di condominio negli edifici, per tutelare la proprietà di un bene appartenente a quelli indicati dall'art. 1117 c.c. non è necessario che il condominio dimostri con il rigore richiesto per la rivendicazione la comproprietà del medesimo, essendo sufficiente, per presumerne la natura condominiale, che esso abbia “l'attitudine funzionale al servizio o al godimento collettivo”, e cioè sia collegato, strumentalmente, materialmente o funzionalmente con le unità immobiliari di proprietà esclusiva dei singoli condomini, in rapporto con queste da accessorio a principale, mentre spetta al condomino che ne afferma la proprietà esclusiva darne la prova. In quest'ordine di concetti, si è affermato che, nella gravata sentenza, non vi era stata alcuna omessa pronuncia con riferimento all'infondatezza della domanda riconvenzionale, avendo il giudice distrettuale confermato le valutazioni compiute dal giudice di prime cure con riferimento alla natura condominiale del terrazzo, dedotta dall'esame degli atti di vendita e

della consulenza tecnica d'ufficio, che avevano evidenziato la natura comune dell'area coperta oggetto del giudizio. Infine, l'attore non aveva provato di aver posseduto in via esclusiva il bene, escludendo gli altri condomini dal godimento per il tempo necessario per la usucapione, in disparte il fatto che, ai sensi dell'art. 704 c.p.c., il provvedimento possessorio, emesso nel corso del giudizio petitorio, aveva natura esclusivamente "interinale" ed era destinato ad essere assorbito dalla pronuncia che concludeva il procedimento a cognizione piena nel quale era stato emesso.

Sin dall'inizio, si è discussa la questione se il possesso del bene, da parte dell'attore, fosse o meno un requisito dell'azione di mero accertamento del diritto di proprietà, anche se le uniche disposizioni di legge che espressamente si riferiscono all'azione di "accertamento" del diritto di proprietà, ossia gli artt. 2651 e 2653 c.c., non sembrano indicare il possesso attuale del bene come requisito di ammissibilità dell'azione. Dunque il regime probatorio si pone in modo differente nelle due situazioni. L'attore, il quale proponga una domanda di accertamento della proprietà, ove contestata dalla controparte, e non abbia il possesso della cosa oggetto del preteso diritto, ha l'onere di offrire la stessa prova "rigorosa" richiesta per la rivendica, ossia la dimostrazione della titolarità del diritto mediante la prova di acquisto a titolo originario, eventualmente risalendo al titolo originario dei propri danti causa, o quanto meno il possesso continuato del bene conforme al titolo, da parte del proprietario ed eventualmente dei suoi danti causa, protratto per

il tempo necessario all'usucapione del bene. D'altro canto, qualora un soggetto si limiti a richiedere al giudice l'accertamento che un determinato bene, detenuto da un terzo, gli appartiene, senza chiederne la restituzione, tale azione, essendo pur sempre di natura reale, postula lo stesso rigore probatorio della rivendica di cui all'art. 948 c.c.. L'unica differenza va rinvenuta nel momento finale della causa che, nell'azione di accertamento, si esaurisce nella declaratoria di appartenenza del diritto mentre, in quella di rivendicazione, mira anche al conseguimento del possesso. Al contrario, è esonerato dall'onere della prova richiesta per l'azione di rivendicazione, specie riguardo ai vari trasferimenti della proprietà sino alla copertura del tempo sufficiente per usucapire, l'attore che propone un'azione di mero accertamento della proprietà e abbia già il possesso della cosa oggetto del preteso diritto, e ciò perché tale azione, essendo l'attore assistito dalla posizione favorevole del possesso, tende non alla modifica di uno stato di fatto, bensì solo all'eliminazione di uno stato di incertezza circa la legittimità del potere di fatto sulla cosa di cui l'attore è già investito. Anche qui l'attore deve fornire la prova del diritto di proprietà di cui assume di essere titolare, ma, per la rilevanza giuridica del possesso, è richiesta una prova meno rigorosa dell'azione di rivendicazione, potendosi ricorrere, come tutti i fatti, anche alle presunzioni; a tal fine, la prova può esser data con qualsiasi mezzo, non necessariamente documentale, come ad esempio a mezzo di consulente tecnico d'ufficio, purché, in tal caso, il convincimento del giudice si ponga come conseguenza univoca e necessaria dei fatti emer-

si dall'indagine tecnica, o attraverso le risultanze dei registri catastali, purché utilizzati con rigore logico di ragionamento e convalidati da altri elementi di causa, secondo la quale le sole risultanze dei libri e dei registri catastali non sono sufficienti a soddisfare l'onere della prova, in quanto gli stessi possono dar luogo solo ad indizi e presunzioni semplici. Tuttavia, tale minore rigore probatorio rispetto all'azione di rivendicazione non esime dall'onere di allegare e provare il titolo del proprio acquisto, in quanto si deve pur sempre statuire proprio sulla titolarità del dominio in capo ad un soggetto piuttosto che ad un altro, per cui l'attore è tenuto a provare di essere proprietario e tale prova deve essere esauriente.

## 8. CONCLUSIONE

A conclusione, possiamo convenire con uno stralcio di Sentenza, che va a chiarire quanto sopra esposto.

“Rimane comunque che F.G.e Bo.Ro., sia perché chiedono l'accertamento della (com)proprietà del terrazzo, sia perché comunque mirano ad ottenere una modifica dello stato di compossesso del bene, con ordine al convenuto B. di demolire un manufatto da questo realizzato, essendo soggetti al medesimo onere probatorio prescritto per l'azione di rivendica, debbano dare la prova della proprietà del bene, risalendo, anche attraverso i propri danti causa, con la sequela degli acquisti a titolo derivativo (inter vivos o mortis causa) fino a chi abbia acquistato in via originaria (ovvero dimostrando il compimento dell'usucapione, mediante il cumulo dei successivi possessi uti dominus).”.

Quindi la Corte di Cassazione sembra ora giungere ad una diversa conclusione, o meglio ad un diverso trattamento di una fattispecie rispetto a quanto veniva fatto in passato.

Mentre un tempo infatti si pareva poter distinguere l'azione di accertamento della proprietà dall'azione di rivendica, favorendo la prima tipologia di azione con un regime probatorio più tenue, oggi tale distinzione sembra scomparire. Chi agisce quindi per la rivendica e/o l'accertamento del diritto di proprietà dovrà darne piena dimostrazione ed affrontare tutte le difficoltà conseguenti a tale onere e quindi

sopperire alla probatio diabolica. L'unico caso di attenuazione di tale onere probatorio infatti, come citato con esempio dell'ultima sentenza, può avvenire in virtù del possesso, potendo far fronte su prove altresì di natura presuntiva.

Se l'attore ha acquistato il bene a titolo derivativo, per poter provare la fondatezza del suo diritto, dovrà risalire fino ad un acquisto a titolo originario dimostrando la legittimità e la validità dei successivi trasferimenti fino al suo; in alternativa potrà attestare che fra lui ed i suoi danti causa il bene è stato posseduto il tempo necessario per usucapirlo.

Nonostante le varie interpretazioni, ritengo a mio parere che il Codice in tema di probatio diabolica indichi chiaramente i casi nei quali essa debba essere fornita, ovvero, quando l'acquisto non sia a titolo originario. Perciò mi sento di concludere dicendo che l'orientamento giurisprudenziale è diventato "giustamente" più restrittivo.

## BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA

- “Accertamento della comproprietà e attenuazione della probatio diabolica” da A.R.P.E. Ass.Romana Proprietà Edilizia, 29 Gennaio 2019.
- “Azione di rivendicazione: no probatio diabolica se il bene è acquistato dal medesimo soggetto”, da [www.puntodidiritto.it](http://www.puntodidiritto.it), di A. Mancusi, 05 Marzo 2019
- “Azioni petitorie: il proprietario non possessore non è esentato da probatio diabolica” da [www.giurigcivile.it](http://www.giurigcivile.it), di G. Voltaggio, 17 Maggio 2016.
- “Il condominio: quando possiamo parlare di condominio” da [www.condominie locazioni.it](http://www.condominie locazioni.it) di F.M. Galli
- “Il condominio” trattato teorico-pratico” di G. Terzago, Giuffrè editore.
- “Il diritto di proprietà” da [www.treccani.it](http://www.treccani.it)
- “L’azione di accertamento della proprietà va distinta dall’azione di rivendica” da [www.dirittoegiustizia.it](http://www.dirittoegiustizia.it), di E. Morello, 19 Gennaio 2017
- “Ogni azione a fondamento del diritto di proprietà richiede la prova rigorosa” da [www.diritto.it](http://www.diritto.it), di P. Accoti, 26 Gennaio 2017.
- “Sentenza n. 1210 del 18 Gennaio 2017” [www.sentenze.laleggepertutti.it](http://www.sentenze.laleggepertutti.it)
- “Tutela della proprietà : azione di rivendicazione e prove”, da Il sole 24 Ore, articolo di L. Avigliano, 13 Novembre 2017.

## **Ringraziamenti**

A tutti coloro che mi hanno sostenuta.