

Civile Sent. Sez. 3 Num. 29506 Anno 2019

Presidente: AMENDOLA ADELAIDE

Relatore: GORGONI MARILENA

Data pubblicazione: 14/11/2019

SENTENZA

sul ricorso 11320-2018 proposto da:

NOCERINO ANTONIETTA, domiciliata ex lege in ROMA,
presso la CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE,
rappresentata e difesa dall'avvocato FELICIANA PIZZO;

- ricorrente -

contro

IZZO CAROLINA e COZZOLINO FABIANA rispettivamente
moglie e figlia e quindi eredi di COZZOLINO DOMENICO,
domiciliati ex lege in ROMA, presso la CANCELLERIA
DELLA CORTE DI CASSAZIONE, rappresentati e difesi
dall'avvocato SABINO ANTONINO SARNO;

2019

1610

- **controricorrenti** -

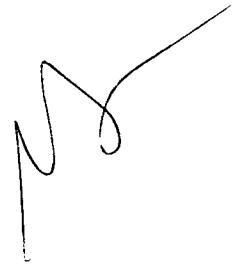
avverso la sentenza n. 608/2018 della CORTE D'APPELLO
di NAPOLI, depositata il 08/02/2018;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 11/07/2019 dal Consigliere Dott. MARILENA
GORGONI;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. IGNAZIO PATRONE che ha concluso per il
rigetto del 1° motivo, accoglimento nel resto;

udito l'Avvocato FELICIANA PIZZO;

udito l'Avvocato RENATO AMATO per delega;

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized, cursive 'M' followed by a long horizontal stroke extending to the right.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale



FATTI DI CAUSA

Nocerino Antonietta ricorre per la cassazione della sentenza n. 608/2018 della Corte d'Appello di Napoli, pubblicata l'8 febbraio 2018, avvalendosi di sei motivi, illustrati con memoria.

Resistono con controricorso Carolina Izzo e Fabiana Cozzolino che, a loro volta, si sono avvalse della facoltà di depositare memoria.

La ricorrente espone in fatto di essersi costituita parte civile nel processo penale a carico di Domenico Cozzolino, il quale era stato riconosciuto responsabile di aver realizzato sul fondo confinante con quello di cui era comproprietaria alcuni manufatti abusivi e di aver ottenuto in quella sede, con sentenza n. 6021/2003 della Corte d'Appello di Napoli, passata in giudicato – a seguito del rigetto, da parte della Corte di Cassazione penale, con sentenza n. 111/2005, del ricorso proposto da Domenico Cozzolino – il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno da liquidarsi separatamente.

Aveva, pertanto, convenuto in giudizio dinanzi al Tribunale di Napoli – sez. distaccata di Pozzuoli – con atto di citazione notificato il 12 marzo 2017 – Domenico Cozzolino al fine di ottenerne la condanna al risarcimento dei danni.

Il Tribunale di Napoli, con sentenza n. 138/2013, dopo aver respinto l'eccezione di difetto di legittimazione attiva all'azione risarcitoria, sull'assunto che essa spettasse solo al proprietario esclusivo del fondo e non anche al comproprietario, e ritenuto non necessario procedere all'accertamento del fatto e della responsabilità, dato il passaggio in giudicato della sentenza penale di condanna, aveva fatto proprie le conclusioni del CTU e, di conseguenza, aveva accolto parzialmente la domanda attorea, condannando Domenico Cozzolino al pagamento di euro 115.000,00, oltre alle spese di lite e di CTU.

La sentenza veniva impugnata, dinanzi alla Corte d'Appello di Napoli, da Domenico Cozzolino, il quale lamentava il rigetto delle istanze istruttorie, l'errata quantificazione dei danni e la mancata considerazione del momento in cui l'odierna ricorrente era diventata proprietaria esclusiva del bene.

Antonietta Nocerino, costituendosi in giudizio, eccepiva l'inammissibilità dell'appello ex art. 348 *bis*, in quanto l'accertamento del fatto e della responsabilità erano stati oggetto di sentenza passata in giudicato, assumeva che il secondo motivo di appello si concretizzava nella mera riproposizione dei rilievi critici mossi alla CTU e che il terzo motivo si risolveva nella riproposizione dell'eccezione di legittimazione attiva.

La Corte d'Appello, rigettata la richiesta di declaratoria di inammissibilità dell'appello ex art. 348 *ter* c.p.c., accoglieva il terzo ed ultimo motivo di gravame con cui l'appellante aveva lamentato l'erroneità della sentenza di primo grado perché, nel liquidare gli importi risarcitori, il Tribunale di Napoli non aveva tenuto conto che la odierna ricorrente era diventata proprietaria esclusiva dell'intero cespite immobiliare solo nel corso del giudizio, essendo al momento della realizzazione degli abusi edilizi, proprietaria solo di una parte dell'immobile, presumibilmente di un terzo; di conseguenza, decurtava di due terzi il risarcimento del danno liquidato a favore di Antonietta Nocerino dal giudice di prime cure.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo di ricorso la ricorrente deduce la nullità della sentenza per violazione dell'art. 342, n. 2, c.p.c., ex art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c., perché, nonostante l'appellante non avesse indicato le circostanze su cui si fondava la censura di violazione di legge, richiesta dall'art. 342, n. 2, c.p.c., a pena di inammissibilità dell'appello, la Corte territoriale non aveva dichiarato la censura siccome formulata inammissibile.

1.1. Il motivo è infondato.

1.1.1. Come insegna la giurisprudenza di questa Corte, l'appello, nei limiti dei motivi di impugnazione, è un giudizio sul rapporto controverso e non sulla correttezza della sentenza impugnata. Ne consegue che l'appellante che intenda dolersi del rigetto di una propria domanda deve limitarsi a riproporre l'istanza immotivatamente rigettata: così Cass. 24/04/2019, n.11197.

1.1.2. La ricorrente stessa, trascrivendo il motivo di appello formulato dall'appellante, ha premesso di desumere che il medesimo aveva ripresentato la questione già posta in primo grado riformulandola come "mancata

considerazione dei tempi nei quali la sig.ra Nocerino Antonietta è divenuta proprietaria dei cespiti per cui è causa; conseguente omessa riduzione proporzionale del chiesto risarcimento e/o infondatezza dello stesso, imputando al Tribunale di non avere "tratto le dovute conseguenze dal fatto che la nostra controparte sia divenuta proprietaria delle ulteriori quote quando la rampa già esisteva".

1.2. Va chiarito, peraltro, che, sotto tale profilo, il motivo non metteva in discussione la legittimazione ad agire di Antonietta Nocerino, ma poneva all'attenzione del giudice una diversa ed ulteriore questione: se, in quanto comproprietaria e non proprietaria esclusiva, avesse il diritto di ottenere l'intero risarcimento oppure una quota dello stesso rapportata alla sua quota di comproprietà; in altri termini se doveva esserle riconosciuta la qualità di concreditrice di una obbligazione solidale ovvero quella di titolare di un'obbligazione esigibile solo pro-parte.

1.3. Fatta tale premessa, sulla quale si tornerà, va ricordato che questa Corte ha chiarito che non può considerarsi aspecifico il motivo d'appello, il quale esponga il punto sottoposto al riesame d'appello, in fatto e in diritto, in maniera tale che il giudice d'appello sia posto in condizione (senza la necessità di esplorare, in assenza di parametri di riferimento, la congerie delle vicende processuali) di cogliere natura, portata e senso della critica al provvedimento impugnato, non occorrendo che l'appellante allegghi e, tantomeno riporti, analiticamente le emergenze di causa rilevanti, le quali risultino investite ed evocate non equivocamente dalla censura, diversamente da quel che è previsto per l'impugnazione a critica vincolata. E' tanto vero che la critica mossa alla sentenza impugnata, vale a dire l'individuazione del punto della decisione reputato ingiusto, non solo è stata intesa dalla Corte territoriale, ma è stata da questa addirittura condivisa (Cass. 19/03/2019, n.7675).

2. Con il secondo motivo la ricorrente assume la nullità della sentenza impugnata per violazione degli artt. 101 e 102 c.c., ex art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c.

La Corte territoriale avrebbe violato il principio secondo il quale ciascun comproprietario è legittimato ad agire ed a resistere in giudizio anche senza il

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

consenso degli altri per la tutela della cosa comune anche nei confronti dei terzi. Non essendovi, dunque, litisconsorzio necessario, dovendosi il litisconsorzio ipotizzare solo, ai sensi dell'art. 1306 c.c., nell'ipotesi di sentenza non favorevole per i contitolari non partecipanti al processo, la Corte territoriale avrebbe violato le norme sulle obbligazioni solidali ed avrebbe costretto i due contitolari non partecipanti al processo a promuovere autonome azioni risarcitorie con violazione dei principi di economia processuale e ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost.

3. Con il terzo motivo di ricorso la ricorrente deduce la nullità della sentenza per violazione dell'art. 112 c.p.c. e dell'art. 24 Cost., ex art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c.

E' opinione della ricorrente che la sentenza impugnata abbia violato il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, perché, pur non vertendosi in una ipotesi di litisconsorzio necessario processuale, avrebbe pronunciato negando il risarcimento relativo alle quote acquistate dopo il 1998, contravvenendo all'obbligo di pronunciarsi su tutta la domanda.

4. Con il quarto motivo la ricorrente denuncia la nullità della sentenza per omissione e/o apparenza di motivazione su un fatto decisivo della controversia oggetto di discussione tra le parti, ex art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c. Il provvedimento impugnato non avrebbe indicato l'iter logico seguito per discostarsi dalla pronuncia di primo grado: anche se il giudice avesse inteso esaminare implicitamente l'eccezione di difetto di legittimazione, configurandola come mera difesa, rilevabile d'ufficio, disattendendo la conclusione del tribunale che, considerandola eccezione di merito, l'aveva ritenuta sottoposta alle preclusioni processuali, avrebbe dovuto indicare tale ragione ed avrebbe dovuto spiegare perché avesse deciso di disattendere un principio giurisprudenziale consolidato.

5. Con il quinto motivo la ricorrente assume la nullità della sentenza per violazione dell'art. 132, comma 1, n. 4, c.p.c. e dell'art. 111 Cost, ex art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c., per avere omissso la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione.

6. I motivi numero due, quattro e cinque possono essere esaminati unitariamente.

7. In sintesi, le questioni controverse risultano le seguenti:

– la legittimazione del singolo comproprietario ad agire in giudizio per ottenere la condanna al risarcimento del danno cagionato dal fatto illecito di un terzo, consistente nella realizzazione di manufatti abusivi sul fondo confinante;

– la ricorrenza tra comproprietari danneggiati di un vincolo di solidarietà attiva;

– gli effetti nei confronti dei comproprietari non partecipanti al giudizio di una sentenza di condanna al risarcimento dei danni pronunciata a favore di uno dei comunisti.

7.1. Per affrontarle risulta necessario premettere talune osservazioni che hanno la finalità di effettuare una sommaria ricognizione della cornice normativa di riferimento siccome declinata a livello giurisprudenziale e dottrinario.

8. Intanto, il dato di fatto da cui partire è che la sentenza impugnata ha ritenuto, condannando al risarcimento del danno solo *pro quota* il terzo danneggiante, di ammettere la legittimazione ad agire del singolo comproprietario, Antonietta Nocerino, ma di escludere che l'attività edilizia abusivamente posta in essere da Domenico Cozzolino, sul fondo confinante, abbia provocato la nascita di una obbligazione solidale dal lato attivo a favore dei comproprietari, i fratelli dell'odierna ricorrente, non attivatisi per reagire al danno risentito.

8.1. Che al singolo comproprietario compete la legittimazione attiva anche relativamente alle azioni risarcitorie nei confronti dell'autore dell'illecito corrisponde ad un condiviso indirizzo giurisprudenziale.

La giurisprudenza è, infatti, pacifica sul punto, tant'è che ha ripetutamente affermato che se il bene appartiene a più proprietari, ciascuno è da ritenersi legittimato attivamente (oltre che passivamente) rispetto a tutte le azioni a tutela della proprietà comune, senza bisogno dell'intervento in giudizio degli altri comproprietari, pur riguardando tutti costoro la lesione lamentata (cfr., a titolo esemplificativo, Cass. 14/05/1979 n. 2800; Cass. 28/4/1993, n. 5000;

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Cass. 16/07/1994, n. 6699; Cass. 28/08/1998 n. 8546; Cass. 22/10/1999 n. 10478; Cass. 28/06/2001 n. 8842; Cass. 15/07/2002, n. 10219).

8.2. Tale legittimazione è stata riconosciuta sul presupposto che ricorra un diritto di ciascuno dei proprietari della cosa comune di compiere nell'interesse degli altri, e senza il loro consenso, atti di straordinaria amministrazione, quali la proposizione di domande giudiziali (così Cass. 27/03/1980, n. 2035), in virtù del principio della rappresentanza reciproca fondata sulla comunione di interessi (Cass. 19/05/2003, n. 7827).

L'idea è che, insomma, sia immanente al sistema il principio di carattere generale che legittima il singolo contitolare ad agire in giudizio per la tutela del diritto nella sua interezza (Cass. 16/04/2013, n. 9158).

8.3. Ne discende, di conseguenza, che la pronuncia sul diritto comune fatto valere dal singolo comproprietario dispieghi i propri effetti nei riguardi di tutte le parti interessate, senza necessità di integrare il contraddittorio nei loro confronti.

Il presupposto di fatto è che il singolo agisca non per un suo interesse esclusivo o per un interesse per avventura analogo a quello degli altri ovvero in contrasto attuale o potenziale con quello degli altri comproprietari (cfr. Cass. 06/10/2000, n. 13331; Cass. 03/08/2010, n. 18028), ma a tutela di un interesse comune, che appartiene indifferenziatamente anche ai restanti contitolari del diritto, perché mira alla tutela della cosa comune.

8.4. Sono questi i casi in cui, di norma, viene ravvisata "una forma di rappresentanza reciproca, attribuita a ciascuno d'una legittimazione sostitutiva, nascente dal fatto che ogni partecipante non può tutelare il proprio diritto senza necessariamente e contemporaneamente difendere l'analogo diritto degli altri": (in termini Cass. 21/06/1993, n. 6856; cfr. nel medesimo senso anche Cass. 27/01/1997, n. 826; Cass. 19/05/2003, n. 7827; Cass. 19/07/2004, n. 13332).

La giurisprudenza ritiene, in sostanza, che ciascuno dei contitolari del diritto reale, dal punto di vista processuale, sia titolare di una legittimazione attiva sostitutiva.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

8.5. La soluzione è stata propugnata soprattutto in materia di condominio, al fine di legittimare il singolo condomino ad agire a tutela delle parti comuni persino indipendentemente dall'azione dell'amministratore di condominio, ma è suscettibile di essere invocata anche nel caso di comunione dei diritti reali, giacché è pacifico che il condominio costituisca la figura più importante ed analiticamente disciplinata di comunione di diritti reali, con cui è dunque in rapporto di *genus ad speciem*. E' sufficiente richiamare sul punto la decisione delle Sezioni Unite n. 2046 del 31/01/2006, secondo cui la ragione di fondo della differente disciplina riservata al condominio rispetto alla comunione "è la diversa utilità dei beni, che formano oggetto del condominio e della comunione: rispettivamente, l'utilità strumentale e l'utilità finale. Le parti comuni dal codice sono considerate beni strumentali al godimento dei piani o delle porzioni di piano in proprietà esclusiva; cose in comunione costituiscono beni autonomi, suscettibili di utilità fine a se stessa e come tali sono considerate (...) Dalla virtuale perpetuità del condominio deriva l'opportunità che i condomini non interferiscono nella amministrazione delle parti comuni dell'edificio. Dalla normale divisibilità nella comunione, invece, segue che il comunista insoddisfatto dell'altrui inattività, se non vuole chiedere lo scioglimento (art. 1111 cod. civ.), può decidere di provvedere personalmente".

9. Prendendo per corrette tali premesse, si può cominciare con il mettere in chiaro un primo punto fermo: essendo indiscusso che l'attuale ricorrente, agendo in giudizio, non aveva inteso sottoporre al giudice alcuna questione inerente l'accertamento della titolarità del proprio o dell'altrui diritto di proprietà, deve ritenersi corretta la conclusione che la domanda proposta, il risarcimento del danno, non richiedesse il litisconsorzio necessario con gli altri proprietari.

9.1. La linea di discriminare tra i casi in cui è necessario il litisconsorzio e quelli in cui se ne può fare a meno è stata tracciata da questa Corte quando ha stabilito, con la pronuncia a Sezioni Unite, n. 25454 del 13/11/2013, relativamente all'accertamento della natura condominiale di un bene, che non è necessario il litisconsorzio necessario ove – tra le altre ipotesi – si faccia questione della difesa dei diritti anche reali della cosa comune nei confronti dei

terzi (Cass. 25/06/1994 n. 6119; Cass. 07/06/1988 n. 3862) oppure della tutela della proprietà comune (Cass. 28/04/1993 n. 5000; Cass. 18/02/1987 n. 1757) per la eliminazione di opere abusive.

9.1.2. Secondo questa Corte è evidente come "sia condivisibile e da mantenere l'orientamento, risalente agli anni '50, secondo cui le azioni a tutela della proprietà e del godimento della cosa comune e in particolare l'azione di rivendica possano essere promosse anche soltanto da uno dei comproprietari, senza che si renda necessaria l'integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri condomini (Cass. 2106/00; 11199/00; 4354/99).

Ciò si è detto vuoi perché "il diritto di ogni partecipante al condominio ha per oggetto la cosa comune intesa nella sua interezza, pur se entro i limiti dei concorrenti diritti altrui" (Cass. 14765/12; 19460/05); vuoi perché compete ad ogni condomino la tutela dei diritti comuni (Cass. 8842/01; 7795/02; 3574/99; 629/99; 9510/97), sussistendo il principio della "rappresentanza reciproca" (Cass. 7827/03)".

9.1.2.2. La evocata pronuncia n. 25454/2013 ha ben sottolineato che, quando non vi sono ragioni di tipo funzionale per imporre il litisconsorzio, non appare corretto fondarne l'esigenza su ragioni di convenienza e di opportunità pratica. Giustificare il litisconsorzio necessario su tali ultime ragioni risulterebbe "non affidabile", perché la scelta resta "ancorata a criteri meno verificabili di quelli funzionali; processualmente costosa perché prigioniera di possibili tattiche dilatorie; superata dalle molte sfaccettature giurisprudenziali cui l'orientamento privilegiato ha mostrato di saper dare risposta (...) Va pertanto negata la necessità di integrare il contraddittorio con gli altri condomini, senza che possa assumere valore dirimente la possibilità teorica che dopo il rigetto dell'azione del singolo rimanga concepibile che a esperire analoga azione, questa volta con successo, sia il condominio e che in via di fatto il primo soccombente venga a giovarsene".

9.2. La duplice conclusione che se ne deve trarre è che Antonietta Nocerino era legittimata ad agire e che non ricorreva un'ipotesi di litisconsorzio necessario con gli altri due fratelli comproprietari.

9.3. Ora, la Corte territoriale è sì giunta a tali conclusioni, ma fondando la premessa del suo ragionamento sul convincimento che Antonietta Nocerino avesse esercitato un'azione personale di contenuto risarcitorio avente ad oggetto la tutela della propria quota ideale di proprietà. Ciò l'avrebbe legittimata ad agire individualmente ed avrebbe giustificato tanto la dispensabilità dell'integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri due fratelli comproprietari quanto la liquidazione di un danno limitatamente alla sua quota ideale di comproprietà.

9.3.1. Il giudice *a quo*, pur avendo riconosciuto, ai fini dell'azione risarcitoria a difesa del diritto leso dall'attività edilizia abusivamente posta in essere da Domenico Cozzolino, la legittimazione del singolo comproprietario e negato la necessità di integrare il contraddittorio nei confronti degli altri, ha implicitamente escluso che l'azione esercitata dalla attuale ricorrente in tale veste giovasse ai due fratelli comproprietari, negando o comunque non verificando se l'istante avesse agito in rappresentanza degli altri, a tutela dell'intero bene comune, per l'utilità oggettiva dei comproprietari rimasti inerti.

9.3.1.2. La scelta della Corte territoriale trova fondamento nel "mero" convincimento che l'azione risarcitoria esperita da Antonietta Nocerino fosse un'azione personale considerata emancipata dal diritto di proprietà e non piuttosto un'azione risarcitoria a tutela del diritto di proprietà, partecipe, come tale, della natura reale di esso.

9.3.1.2.1. In altri termini, l'azione risarcitoria esperita, pur non essendo volta alla tutela della titolarità del diritto di proprietà, ma al mantenimento dello stato di fatto, o meglio alla reazione alle molestie di disturbo del godimento (non accompagnate dalla contestazione del diritto di proprietà), è stata qualificata quale azione aquiliana *tout court*.

9.4. Date tali premesse le conseguenze che la Corte ne ha tratto sono andate al di là del segno.

9.4.1. Queste le ragioni.

9.5. Prodromica rispetto alla ravvisabilità nell'azione processuale di Antonietta Nocerino degli estremi di una rappresentanza reciproca e/o di una sostituzione processuale, con conseguente negazione che avesse esperito

un'azione di tutela risarcitoria vantaggiosa solo per sé, cioè per la tutela del suo interesse e non anche di quello degli altri due comproprietari, rimasti, come si è detto, inerti rispetto alla violazione edilizia del proprietario confinante, è l'enucleazione dei presupposti e del perimetro della legittimazione sostitutiva.

9.6. Giova, innanzitutto, prendere atto che l'orientamento giurisprudenziale recente non registra il tradizionale atteggiamento di netta chiusura nei confronti della estensibilità ai rapporti processuali della *negotiorum gestio*.

9.7. Sono state prese le distanze, infatti, da quelle pronunce che stigmatizzavano l'ammissibilità della '*negotiorum gestio*' processuale, allorché statuivano che il comproprietario di un fondo non era legittimato ad adire l'autorità giudiziaria per far valere in nome proprio e per conto dell'altro comproprietario un diritto spettante a quest'ultimo in ordine all'utilizzazione del bene comune non ricorrendo alcuna delle ipotesi di sostituzione processuale previste dalla legge (Cass. 27/06/1966 n. 1667) ovvero, facendo leva sull'art. 81 c.p.c., concludevano che "fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui. Pertanto, per dottrina e giurisprudenza pacifiche, al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, è da ritenersi inammissibile, per difetto di '*legittimatio ad causam*', rilevabile anche d'ufficio, l'attività processuale esercitata in nome proprio per far valere diritti altrui" (Cass. 17/06/1991, n. 6843).

9.7.1. L'ostacolo, in concreto, è sempre stato costituito dalla tassatività delle ipotesi di sostituzione processuale di cui all'art. 81 c.p.c.

9.7.1.1. La preoccupazione che ha ispirato la disposizione è stata quella di evitare lo svolgimento di attività processuali inutili, derivanti dalla dissociazione tra il potere rappresentativo processuale che, ove disgiunto da quello sostanziale, porterebbe, infatti, all'adozione di provvedimenti *inutiliter dati*, atteso che il sostituto processuale agirebbe in assenza di utilità per colui nella cui sfera giuridica andrebbero a prodursi gli effetti dell'attività svolta.

9.7.1.1.2. Per di più, era radicato il convincimento che l'*utiliter coeptum*, uno degli elementi strutturali della gestione d'affari altrui, non potesse ravvisarsi quando la gestione sostituiva riguardasse un'attività, quella

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

processuale – decidere se agire o resistere in giudizio – i cui esiti favorevoli per il gerito possono apprezzarsi solo all’esito di un processo e, quindi, dopo un controllo svolto dal giudice; ragione che incitava a negare che *l'utiliter coeptum* potesse identificarsi con l’esito favorevole della lite nell’insorta controversia.

9.7.1.1.3. In aggiunta, quanto all’impiego della gestione d’affari per la cura di interessi patrimoniali, in assenza, cioè, di ragioni di protezione di interessi terzi, di ordine pubblico, di prevenzione di c.d. esternalità negative, era con fermezza escluso che il diritto avesse ragioni per non assecondare il dato secondo cui il giudice dei propri affari è esclusivamente il relativo titolare.

9.7.1.1.4. Si pensava, infatti, che non solo l’utilità dell’atto ingerente, ma anche *l’absentia domini* dovessero essere valutate con particolare rigore, giacché la gestione di un interesse sottendeva, innanzitutto, la rappresentazione dell’interesse, la quale, se non era operata dal suo titolare, implicava il conferimento di un mandato (espreso o tacito) o quantomeno, se l’atto del cui compimento si trattava era materiale, una locazione d’opera. In tale prospettiva, l’utilità oggettiva iniziale avrebbe comportato che il *dominus* fosse assente e non che egli fosse presente, ma si limitasse a restare inerte, giacché il significato di tale inerzia non avrebbe potuto essere riempito del contenuto preteso dal gestore.

9.8. Per comprendere il contesto in cui matura l’evocato mutato atteggiamento va considerato che sul fronte processuale l’ostacolo ad utilizzare la gestione d’affari altrui non è rappresentato da questioni di carattere tipologico relative alla natura dell’atto che il gestore può compiere: l’art. 2028 c.c. utilizza l’espressione ‘affare’, la quale comprende un’ampia serie di attività di carattere materiale oltre che giuridico e quanto agli atti giuridici non presuppone differenza secondo che siano di ordinaria ovvero di straordinaria amministrazione, come, invece, per il mandato, perché alla base della gestione di un affare altrui vi è un fatto giuridico cui non possono estendersi analogicamente le norme pensate per i negozi giuridici (Cass. 23/07/1960, n. 2122 ha ammesso espressamente che la gestione d’affari altrui possa riguardare atti eccedenti l’ordinaria amministrazione).

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

9.8.1. La conclusione è, dunque, che la gestione d'affari potrebbe astrattamente comprendere il compimento di un atto processuale.

9.9. Ma non basta: questa Corte regolatrice, sin dagli anni settanta, assecondando una parte della dottrina, ha cominciato a manifestare un atteggiamento di cauta apertura nei confronti dell'impiego della gestione d'affari nel processo, ammettendo: a) dapprima, che l'utile gestore, assunta sul piano sostanziale la gestione di un affare altrui riguardante la proprietà di un bene dell'interessato, avesse assunto, per effetto della *negotiorum gestio*, un potere di fatto sulla cosa che lo aveva legittimato ad esperire nei confronti dei terzi la tutela giudiziale tramite l'azione di spoglio di tale situazione possessoria (Cass. 30/07/1973, n. 2229); b) quindi, che le attività difensive svolte dal dipendente, cui fosse stato revocato il mandato, potessero essere riportate nell'ambito della gestione d'affari altrui (Cass. 13/02/1996, n. 1085); c) per poi adottare, via via sempre più esplicitamente, un atteggiamento meno severo di quello passato rispetto agli elementi strutturali della gestione d'affari altrui: 1) *l'utiliter coeptum*; 2) l'altruità dell'affare; 3) *l'absentia domini*.

9.10. Oggi è ammesso che il comproprietario di un immobile, il quale non è evidentemente il titolare dell'interesse degli altri comproprietari, ma si raffigura un modo di curarne gli interessi, disponendo egli solo dell'intero, nel modo che per lui è quello conveniente, pur essendo nella condizione materiale di contattare gli altri comproprietari per condividere *ex ante* il programma, possa disporre senz'altro dell'intero, sulla scorta di una rappresentazione, non già dell'interesse soggettivo del *dominus*, bensì di una sua — ipotizzata — utilità oggettiva.

9.11. In altri termini ha prevalso, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, l'opinione inizialmente minoritaria, secondo cui l'utilità della gestione sussiste quando sia stata esplicita un'attività che, comportando un incremento o risolvendosi in una evitata diminuzione patrimoniale, sarebbe stata esercitata dallo stesso *dominus* quale buon padre di famiglia, ove egli avesse scelto di agire o avesse potuto farlo (cfr. Cass. 13/03/1964, n. 550; Cass. 25/07/1980 n. 4821; Cass. 18/03/1989 n. 1365; Cass. 25/05/2007 n. 12280).

9.12. Non va neppure trascurato che sono venuti meno gli ostacoli rispetto alla gestione di affari comuni, cioè alla ricorrenza di atti di amministrazione, compiuti ad esempio da un comproprietario o da un compossessore, che vadano non solo a vantaggio del gerito, ma anche a vantaggio di colui che agisce, giacché l'elemento inibente tale utilizzo dell'istituto della gestione d'affari altrui è rappresentato dalla titolarità da parte dell'agente di un interesse confliggente o prevalente rispetto a quello del gerito (Cass. 04/10/2016, n. 19796; Cass. 03/08/2010, n. 18028).

E soprattutto la ricorrenza di una gestione d'affari altrui non rappresentativa è stata affermata dalle Sezioni Unite di questa Corte (sent. 11135 del 04/07/2012) con riferimento alla locazione della cosa comune da parte di uno dei comproprietari e confermata dalla giurisprudenza successiva.

9.13. E, infine, quanto all'*absentia domini*, questa Corte regolatrice ammette di essere approdata ad "una concezione relativistica e scevra da rigidità, che tende, in effetti, ad estendere l'ambito applicativo dell'istituto al di là degli angusti limiti tradizionalmente configurati soprattutto nella considerazione, più risalente, che faceva capo al previgente codice civile del 1865, per cui la stessa giurisprudenza aveva allora ritenuto necessario che l'utile gestione dovesse essere intrapresa *absente et inscio domino*, alla stregua di una accezione, rispettivamente, di impossibilità oggettiva e di evidente mancanza di consapevolezza dell'intrusione del terzo". L'odierno approdo giurisprudenziale può, quindi, essere compendiato nel principio per cui, nella gestione utile di affare altrui, la *absentia domini* deve intendersi "non come impossibilità oggettiva e soggettiva di curare i propri interessi, ma come semplice mancanza di un rapporto giuridico in forza del quale il gestore sia tenuto ad intervenire nella sfera giuridica altrui, ovvero quale forma di spontaneo intervento senza opposizione o divieto del *dominus*". Sicché, il requisito in esame è rinvenibile "non solo quando l'interessato sia nella materiale impossibilità di provvedere alla cura dei propri affari ma anche quando lo stesso non rifiuti, espressamente o tacitamente, tale ingerenza da parte del *negotiorum gestor*".

Nella sostanza il *dominus prohibens* ed il *dominus non absens* sono stati equiparati, di talché né la presenza del *dominus* né la sua *scientia* ostacolano la gestione di affari altrui, occorrendo, onde escluderne l'impiego, la *prohibitio*, seppure implicita, per fatti, anche omissivi, concludenti. Il mancato riscontro di tale *prohibitio* è sufficiente ad ammettere l'operatività dell'istituto di cui agli artt. 2028 e ss. c.c. (Cass. 26/06/2015, n. 13203).

10. Collegato alla legittimazione processuale sostitutiva è il dubbio che l'obbligazione risarcitoria dell'autore dell'illecito abbia dato vita ad un credito solidale nei confronti dei comproprietari danneggiati.

10.1. In termini generali, la prima osservazione da cui muovere è che la solidarietà attiva, a differenza di quella passiva non si presume, ma deve risultare dalla legge o dal titolo (Cass. 03/10/2007 n. 20761; Cass. 16/05/2006 n. 11366; Cass. 11/08/2000 n. 10725; Cass. 18/06/2001 n. 8235; Cass. 29/05/1998 n. 5316; Cass. 15/09/1995 n. 9771; Cass. 11/01/1986 n. 103; Cass. 19/01/1985 n. 143; Cass. 21/05/1983 n. 3524; Cass. 12/12/1975 n. 4086).

10.1.1. Il fatto che il credito, in questo caso quello risarcitorio, derivi dalla medesima causa, un fatto illecito, non basta a far ritenere ricorrente un vincolo di solidarietà attiva, giacché esso postula, anche al fine dell'estensione a favore degli altri creditori degli atti di costituzione in mora o d'interruzione della prescrizione (artt. 1308 e 1310 cod. civ.), che ciascuno di più soggetti sia abilitato a chiedere l'adempimento dell'intera prestazione (art. 1292 cod. civ.) Né la mera pluralità di creditori può bastare per far sorgere la solidarietà attiva, giacché l'identità della fonte dell'obbligazione non è essa stessa fonte di solidarietà.

10.1.1.2. La giurisprudenza ha ripetutamente ribadito tale principio con riferimento al risarcimento del danno derivante dall'occupazione illegittima da parte della P.A. di un fondo appartenente a più comproprietari, affermando che "va esclusa la solidarietà attiva in un unico credito risarcitorio, e va ravvisata l'insorgenza di un autonomo diritto di ciascuno dei comproprietari al ristoro del pregiudizio causato al proprio patrimonio, con la conseguenza che ciascun danneggiato può agire a tutela del proprio diritto individuale nei limiti della

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

propria quota, senza che si determini una situazione di litisconsorzio necessario tra tutti. Tale principio comporta, dunque, che l'accertamento contenuto in una sentenza resa tra danneggiante ed uno dei danneggiati non costituisce giudicato per gli altri. Ed, infatti, a norma dell'art. 2909 c.c., l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa, sicché, a contrario, l'accertamento contenuto nella sentenza non estende i suoi effetti e non è vincolante rispetto ai terzi, e se è bensì vero che il giudicato, quale affermazione obiettiva di verità, può spiegare efficacia riflessa anche nei confronti di soggetti estranei al rapporto processuale, tali effetti riflessi sono impediti quando il terzo sia titolare, come nel caso di specie, di un rapporto autonomo ed indipendente rispetto a quello in ordine al quale il giudicato interviene, non essendo ammissibile né che egli ne possa ricevere pregiudizio giuridico, né che se ne possa avvalere a fondamento della sua pretesa, salvo che tale facoltà sia espressamente prevista dalla legge": in termini, tra le pronunce più recenti, Cass. 08/02/2017, n. 3313.

10.1.1.3. E non è superfluo ricordare che la recente pronuncia a Sezioni unite, n. 7927 del 20/03/2019, relativa ad una controversia avente ad oggetto la domanda di restituzione del bene illegittimamente occupato dalla P.A., ha tenuto ferma la distinzione tra l'ipotesi in cui una domanda risarcitoria sia proposta autonomamente da ciascuno dei danneggiati, non esistendo litisconsorzio necessario dalla parte attiva del rapporto creditorio (v. oltre a Cass. n. 254 del 2010, Cass. n. 3313 del 2017), e quella in cui sia proposta congiuntamente da tutti i comproprietari pro-indiviso del fondo; in quest'ultimo caso "la sua proposizione congiunta, nei confronti dei possibili danneggiati, determina il crearsi di un litisconsorzio necessario processuale, ovvero la necessità che il giudizio prosegua, anche nelle fasi di impugnazione, nei confronti di tutti".

11. Tali assunti giurisprudenziali non sono spendibili nella vicenda in esame, per le ragioni di seguito individuate.

11.1. L'indirizzo giurisprudenziale appena evocato imporrebbe la ricorrenza di due premesse che, seppure non esplicitate, ne rappresentano il sostrato.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

11.1.1. La prima è che la comunione (dei diritti reali) non costituisce un soggetto giuridico diverso ed ulteriore rispetto ai singoli partecipanti, ma rappresenta una mera pluralità di soggetti in contitolarità di diritti; pertanto, ai fini che qui interessano, colui che agisce in veste di contitolare non lo fa a tutela dell'interesse della comunione, ma per un interesse proprio.

11.1.1.2. La comunione è rappresentata dalla coesistenza, sulla medesima cosa, dell'eguale diritto degli altri contitolari che si realizza mediante la ideale scomposizione della cosa in una pluralità di quote. Considerata nella sua materialità, la cosa comune appartiene a tutti i partecipanti: tutti ne sono comproprietari ecc., senza possibilità di separare fisicamente parti della cosa spettanti all'uno o all'altro. Idealmente, quindi, la cosa comune si scompone in tante quote quanti sono i partecipanti; la quota è una frazione ideale, determinata aritmeticamente, che segna la misura della partecipazione di ciascuno alla comunione: la proporzione secondo la quale ciascuno concorre nei vantaggi e nei pesi inerenti alla cosa comune.

11.1.2. La seconda è la distinzione tra tutela reale e tutela personale del diritto reale, fondata sul presupposto, rispettivamente, che l'azione esercitata costituisca espressione della difesa *in rem* ovvero che ne esuli per assumere, appunto, carattere personale; con l'avvertimento che la tutela risarcitoria esperita per reagire all'illecito di un terzo che abbia determinato il venir meno del diritto di proprietà non può essere accomunata a quella utilizzata per reagire ai danni arrecati all'esercizio delle facoltà che costituiscono il contenuto del diritto di proprietà.

12. Per descrivere la prima ipotesi e distinguerla da vicende solo apparentemente sovrapponibili si parla di cumulo dell'azione *ex delicto* con l'azione *ex proprietate*. Nelle vicende come quella in esame, in cui il diritto di proprietà è rimasto in capo al titolare o ai contitolari, ma conformato in modo tale da consentire al proprietario solo il diritto di ottenere un risarcimento del danno, si parla di azione *ex proprietate* con *petitum* risarcitorio.

13. Va considerato, difatti, che i mezzi di tutela esperibili dal proprietario, a tutela del diritto di proprietà sul bene, non si restringono alle azioni reali, ma ricomprendono l'azione di risarcimento del danno. Le applicazioni più

ortodosse, partendo dalla premessa che il ricorso all'uno o all'altro di tali mezzi si ricollega alla natura della lesione che si assume arrecata al diritto dominicale, concludono che se la lesione riguarda i poteri o le facoltà inerenti alla titolarità del diritto di proprietà, deriva cioè dalla violazione di una norma di attribuzione, l'azione di tutela è un'azione reale, mentre se la lesione riflette l'integrità dell'oggetto del diritto di proprietà, ossia consegue alla violazione di una norma di conservazione, la tutela esperibile nei confronti dell'autore dell'illecito è l'azione personale di risarcimento del danno.

13.1. Lo ha chiarito la sentenza n. 2476 del 19/05/1978 di questa Corte regolatrice, secondo cui "ove l'attore, pur affermandosi titolare di un diritto reale, non ne chieda la consacrazione (con quanto altro dalla declaratoria discenda), ma invochi semplicemente il ristabilimento di una situazione o condizione di fatto inerente alla cosa, affermato oggetto di quel diritto, deve escludersi la natura petitoria e reale dell'azione, perché l'affermazione o la negazione del diritto reale esula dal *petitum* e la violazione materiale della sfera giuridica, conseguente all'atto del convenuto sulla cosa che ne partecipa, non implica violazione di una norma di attribuzione".

14. Proprio partendo dal principio secondo cui la natura dell'azione dipende dalla natura del diritto scaturente dalla lesione e che si tende ad affermare in giudizio (Cass. 28/04/1986, n. 29835), è possibile riconoscere valore dirimente al fatto che la giurisprudenza attribuisca al comproprietario di un bene indiviso che risulti privato del diritto di proprietà a seguito di occupazione appropriativa tutela risarcitoria nei limiti della sua quota di proprietà. Oggetto della pretesa risarcitoria infatti, in tali ipotesi, non è il bene oggetto del diritto di proprietà, né le facoltà del *dominus* siccome conformate dall'illecito, bensì la perdita del bene, cioè il venir meno della relazione tra il *dominus* e la *res* per fatto illecito del terzo.

14.1. Nelle vicende ablatorie del diritto di proprietà per fatto illecito della P.A., in maniera oramai conclamata, il diritto pretorio ha consentito che una regola proprietaria cedesse il passo ad una mera regola di responsabilità; vale a dire che, in sostituzione del diritto reale, venga riconosciuto al soggetto,

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

privato per fatto illecito del diritto dominicale, un diritto di credito al risarcimento del danno.

14.1.1. Si può accantonare la questione relativa al perché invece il diritto all'indennità di espropriazione dia luogo ad una unica pretesa sull'assunto che l'indennità sia indivisibile e al perché, al singolo comproprietario sia consentito opporsi alla sua liquidazione, atteso che essa poggia su ragioni diverse, la cui esposizione costituirebbe un fuor d'opera nella vicenda per cui è causa, essendo sufficiente rilevare che il diritto all'indennità nasce nel corso della procedura espropriativa e che da questa desume la propria regolamentazione. Come ha statuito questa Corte, a Sezioni unite, con la pronuncia n. n. 6635 del 15/06/1993, "il diritto spettante, dopo l'esproprio al singolo comproprietario, anche se non più di natura reale ma di natura obbligatoria, non è un diritto di credito autonomo e frazionario sol perché al bene indiviso, oggetto di un diritto reale unitario, commisurato alla quota ideale, si è sostituito un diritto di credito, che è in sé frazionabile tra i più contitolari, ma perché esiste invece un diritto obbligatorio in via di determinazione e il cui definitivo importo resterà fissato anche in conseguenza del comportamento che le parti del processo ablativo, espropriante e espropriati, avranno adottato rispetto alla facoltà di proporre opposizione giudiziale (...). Sul piano processuale, il diritto di ciascun comproprietario espropriato è un diritto potestativo concesso (oltre che all'espropriante) pariteticamente a ciascuno degli espropriati, nell'interesse anche degli altri, con riferimento all'intero importo dell'indennità a liquidarsi per il bene già in proprietà comune, espropriato anch'esso nella sua entità oggettiva unitaria".

15. Tale indirizzo giurisprudenziale lascia, dunque, impregiudicata la questione del diritto del singolo comproprietario di reclamare il risarcimento del danno (anche) per l'intero ove la somma di denaro prenda il posto del diritto ad ottenere, ex art. 2058 c.c., il ripristino dello stato di fatto alterato dal comportamento illecito.

15.1. Rispetto agli evocati svolgimenti giurisprudenziali devono poi essere messi in luce altri due profili determinanti: il primo è una crescente tendenza, manifestatasi dapprima in dottrina, e poi trasfusa nella giurisprudenza, che

mette in dubbio che la tutela risarcitoria del diritto di proprietà abbia sempre natura personale, ove non si faccia questione della titolarità dello stesso; il secondo, collegato al primo, è che la giurisprudenza in tema di richiesta risarcitoria derivante dalla perdita della proprietà del bene a seguito del verificarsi dell'occupazione appropriativa non può essere estesa *sic et simpliciter* alle ipotesi in cui il diritto di proprietà non risulti ablato, ma le sue facoltà, di godimento e/o di disposizione, risultino illegittimamente sacrificate.

15.2. In quest'ultimo caso, si tratta, infatti, di assicurare al proprietario una tutela che parte autorevole della dottrina definisce compensativa, perché tesa a fargli ottenere l'*aestimatio* del bene in modo da ristabilire l'equilibrio patrimoniale compromesso.

15.2.1. Nel caso di specie, non va affatto sottovalutato che la fonte del credito risarcitorio azionato da Antonietta Nocerino era l'esercizio di un'attività edificatoria abusiva posta in essere da Domenico Cozzolino sul fondo confinante.

15.2.1.2. La tutela dalla stessa richiesta attiene, dunque, ad una situazione ben diversa da quella in cui i comproprietari abbiano subito un danno consistente nella privazione del diritto di proprietà sul bene

16. Ne deriva che, accolti per quanto di ragione, il II, il IV e il V motivo di ricorso e dichiarato assorbito il III, la sentenza va cassata e la controversia rinviata alla Corte d'Appello di Napoli in diversa composizione che, oltre a disporre la regolazione delle spese del giudizio di legittimità, si atterrà al seguente principio di diritto:

– posto che è immanente nel sistema il principio che legittima il singolo contitolare ad agire in giudizio per la tutela del diritto nella sua interessezza, l'azione risarcitoria esperita dal comproprietario di un bene *pro indiviso* per il minor godimento del bene derivante dalla violazione della normativa edilizia da parte del proprietario confinante, dovendosi presumere che egli abbia agito nell'interesse degli altri comunisti rimasti inerti, dà diritto ad ottenere la liquidazione del danno nella misura necessaria a compensare tutte le disutilità derivanti dalla compromissione delle facoltà dominicali concretizzatesi nel deprezzamento del bene comune.

PQM

La Corte dichiara infondato il motivo numero uno ed assorbito il motivo numero tre; accoglie, per quanto di ragione, i restanti motivi e rinvia la controversia alla Corte d'Appello di Napoli in diversa composizione che provvederà anche alla liquidazione delle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso nella Camera di Consiglio della Terza Sezione civile della Corte di Cassazione l'11 luglio 2019.

Il Consigliere relatore


Mariëna Gorgoni