

# *Consiglio Nazionale del Notariato*

*Studio n.76-2018/C*

## **TERREMOTO ED EFFETTI SULL'IPOTECA GRAVANTE SU DIRITTI AVENTI AD OGGETTO IMMOBILI PERITI**

*di Federico Tedeschi Porceddu*

*(Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 06.02.2020)*

*(Approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato il 03.04.2020)*

### *Abstract*

Il perimento di un immobile a seguito di terremoto è un evento che ha notevoli conseguenze sui diritti reali che hanno ad oggetto l'immobile perito. Alcune volte manca la consapevolezza delle aree sulle quali tale fenomeno può incidere profondamente. Necessaria, anche dal punto di vista delle aspettative creditorie, è stata quindi la scelta di incentrare l'analisi sulle ricadute che tale fenomeno ha sull'ipoteca e sul suo diverso modo di esprimersi a seconda del diritto reale oggetto di garanzia. È stato quindi a tal fine opportuno individuare il perimetro della nozione di perimento, del suo atteggiarsi e delle differenti discipline dettate dal legislatore a seconda dei diritti coinvolti. Tale primo approccio ha portato ad individuare possibili soluzioni operative che, senza fornire risposte definitive, costituiscono una base di partenza per una ricostruzione giuridica dei fatti, riconducibili alle attuali realtà, anche utilizzando strumenti e considerazioni già impiegati in passato per spiegare fenomeni contigui a quello oggetto del presente studio. Le conclusioni sono state inevitabilmente circoscritte al nucleo centrale del problema, tralasciando aree d'interesse che avrebbero probabilmente comportato riflessioni in parte fuori contesto. Sul piano strettamente operativo si è quindi per il momento ritenuto sufficiente approfondire la sorte dell'ipoteca sia nei casi di perimento di immobili oggetto dei singoli diritti reali sia nei casi di loro ricostruzione, proponendo soluzioni, anche operative che potessero essere di semplice applicazione e comunque di utile supporto a scelte dettate anche da esigenze contingenti.

*Sommario:* 1. Introduzione. - 2. Estinzione dell'ipoteca per perimento del bene ipotecato: art. 2878 n. 4 c.c. - 3. Ipoteca e perimento di bene immobile in proprietà. - 4. Ipoteca e perimento di bene immobile in diritto d'usufrutto; 4.1. Generalità; 4.2. Le singole ipotesi; 4.3. Rapporto tra l'art. 1019 c.c. e l'art. 2742 c.c. - 5. Ipoteca e perimento di bene immobile in diritto di superficie; 5.1. Generalità; 5.2. Le singole ipotesi. - 6. Ipoteca e perimento di bene immobile in diritto d'enfiteusi. - 7. Contitolarità di beni; 7.1. Generalità; 7.2. Ipoteca a carico di contitolari; 7.2.1. Ipoteca a carico di tutti i comproprietari; 7.2.2. Ipoteca concessa da un comproprietario; 7.3. Ipoteca e perimento di edificio condominiale; 7.3.1. Generalità; 7.3.2. Il perimento totale dell'edificio; 7.3.3. Il perimento che rappresenti almeno tre quarti del valore dell'edificio; 7.3.4. Il perimento che rappresenti meno dei tre quarti del valore dell'edificio; 7.3.5. Applicazione del 4° comma all'ipotesi di perimento

totale; 7.3.6. L'ipoteca e le singole ipotesi di perimento; 7.4. La ricostruzione; 7.5. La sorte delle ipoteche nel caso di ricostruzione; 7.5.1. Generalità; 7.5.2. In caso di perimento totale; 7.5.3. In caso di perimento per un valore pari a tre quarti dell'edificio; 7.5.4. In caso di perimento inferiore ai tre quarti dell'edificio.

## 1. Introduzione.

Le recenti vicende telluriche che hanno interessato le regioni dell'Italia Centrale hanno riproposto il problema delle conseguenze derivanti dal perimento degli immobili a causa del sisma ed in particolare dei diritti reali di garanzia sugli stessi esistenti. L'analisi delle norme che, direttamente o indirettamente, in via specifica o generale, disciplinano detta vicenda è utile ad individuare i principi informativi della materia nonché i caratteri fondamentali dei fenomeni presi in considerazione. La ricerca si svolge, previa individuazione di alcuni concetti propedeutici, partendo dall'esame delle regole generali disposte per i singoli diritti reali in tema di perimento e del modo di atteggiarsi del fenomeno "perimento" in ognuno di essi, fino ad individuare le differenze di disciplina, i principi comuni e le possibili conclusioni finali in tema d'ipoteca.

## 2. Estinzione dell'ipoteca per perimento del bene ipotecato: art. 2878 n. 4 c.c..

Punto di partenza dell'indagine è l'art. 2878 n. 4 del codice civile il quale, disponendo che "*l'ipoteca si estingue con il perimento del bene ipotecato, salvo quanto è stabilito dall'art. 2742*", pone l'interprete di fronte alla necessità di chiarire preliminarmente due aree fondamentali di approfondimento: quella relativa all'individuazione del bene oggetto dell'ipoteca e quella del concetto di perimento.

### a) oggetto dell'ipoteca

In merito alla prima, l'art. 2810 c.c. stabilisce che sono, tra l'altro, capaci d'ipoteca: "*1) i beni immobili che sono in commercio con le loro pertinenze; 2) l'usufrutto dei beni stessi; 3) il diritto di superficie; 4) il diritto dell'enfiteuta e quello del concedente sul fondo enfiteutico*" in tal modo, da un lato, delimitando il perimetro entro il quale svolgere l'indagine (beni immobili in commercio oggetto di diritto di proprietà o di specifici diritti reali di godimento),<sup>1</sup> dall'altro rinviando all'art. 812 c.c. per l'individuazione dei beni immobili o di quelli che possono essere considerati tali. Tale ultima disposizione in particolare, nello stabilire tra l'altro che sono immobili "*il suolo, gli edifici e le altre costruzioni ed in genere tutto ciò che naturalmente o artificialmente è incorporato al suolo*" sollecita uno degli interrogativi centrali della nostra indagine ossia se, con il perimento dell'edificio a seguito di eventi tellurici, l'ipoteca permanga o meno nel suolo e quindi se, con la costituzione dell'ipoteca su un edificio, il suolo sia automaticamente ricompreso nell'oggetto della garanzia o sia necessaria una espressa inclusione.

Secondo una risalente, ma chiara sentenza della Suprema Corte si ha "*l'incorporazione di cui al 1° comma dell'art. 812 c.c. - e non l'accessione - quando il proprietario del suolo costruisca un fabbricato con materiali propri nel suolo stesso adoperando a tal fine cosa già sua, per unirla*

---

<sup>1</sup> A conferma del criterio di analisi avente ad oggetto i diritti su cui grava l'ipoteca, vedi Giovanni Perlingeri, *Profili in tema di ipoteca navale e immobiliare. Diritto della navigazione e unitarietà del sistema giuridico vigente*, in Riv. Dir. Imp., 2014, 1, 23, il quale ricorda la circostanza che le garanzie non si costituiscono sulla cosa (quale realtà materiale), ma sul diritto, sulla situazione giuridica soggettiva (mediante un negozio, oppure una sentenza, nel caso di ipoteca giudiziale). Pertanto l'ipoteca (ma il discorso vale anche per il pegno) si costituisce, come stabilisce l'art. 2810 c.c., sul diritto e, quindi, non soltanto sul diritto reale di proprietà ma anche sull'usufrutto, sull'enfiteusi, sulla superficie, a prescindere dall'esistenza materiale del bene.

materialmente ad altra, parimenti di sua proprietà e togliendo così alla prima la propria individualità giuridica per ridurla a parte costruttiva della seconda.<sup>2</sup> Quindi incorporazione come modalità di modificazione dell'oggetto materiale del proprio diritto, oggetto che viene ampliato mediante una trasformazione fisica, attraverso la composizione di un immobile (il suolo) proprio, con i beni mobili (i materiali), anch'essi propri, che in tal modo subiscono l'immobilizzazione. Il concetto era già stato chiaramente precisato da autorevole dottrina<sup>3</sup> che, nell'analizzare il fenomeno dell'incorporazione di una cosa materiale al suolo, sottolineava non solo che l'effetto che deriva da due cose che si uniscono, è quello di "costituire un che di unico nel quale non è dato distinguere fra suolo e accessione", ma soprattutto sottolineava che la caratteristica della incorporazione risiede "nel fatto che il proprietario adopera cosa già sua, per unirli materialmente a un'altra (principale), anch'essa sua: con l'effetto di togliere alla prima l'individualità giuridica e il carattere mobiliare e di ridurla ad accessione: cioè a elemento, o parte costitutiva, della seconda".

Le considerazioni come sopra svolte ci permettono di avanzare e giustificare una prima conclusione: con la costituzione di un diritto reale su un edificio, nell'oggetto materiale del diritto è ricompreso anche il suolo, costituendo suolo ed edificio elementi di un unico bene, che può essere separato nei due componenti solo costituendo un diritto di superficie. Con il diritto di superficie infatti l'unicità della cosa materiale viene separata orizzontalmente, interrompendo la continuità verticale basata sul principio generale - oggi in parte rimodulato dalla necessità di bilanciamento degli interessi in gioco - secondo cui il diritto si estende all'infinito sia nel sottosuolo sia nello spazio aereo soprastante.<sup>4</sup>

#### b) il perimento

La seconda area di approfondimento è quella relativa al significato concreto da attribuire al fenomeno "perimento", alla sua esistenza ed ai suoi effetti, alla sua genesi.

Il legislatore non fornisce una definizione precisa del fenomeno, ma si limita a stabilire la sua ampiezza e la sua incidenza sul bene e/o sul diritto.

Compito della dottrina è stato quello di approfondire l'argomento e, con differenti percorsi, di formulare considerazioni a volte non affatto coincidenti.

Ai fini definitivi il fenomeno è stato tradizionalmente descritto da un punto di vista naturalistico e materiale, classificandolo come "un evento che incide sullo stato della cosa determinandone un mutamento più o meno profondo riguardante la sostanza"<sup>5</sup> oppure come l'evento materiale comportante "la disintegrazione degli elementi che, nella struttura fisica della cosa appaiono essenziali o principali" immutandone "sostanzialmente la sua funzionalità di bene destinato alla soddisfazione di determinati bisogni".<sup>6</sup>

Al fine di valutare gli effetti e le conseguenze, nonché proporre rimedi è stato opportuno distinguere tra perimento totale, perimento parziale e perimento con trasformazione. Con parziale si è descritto il perimento che "colpisce una parte materiale della cosa lasciando intatte le altre

---

<sup>2</sup>Cassazione n. 61/1143.

<sup>3</sup>Francesco Messineo, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè 1965, Vol. II, pagg. 383 e 384.

<sup>4</sup>Cassazione 14 aprile 2004 n. 7051.

<sup>5</sup>Magazzu', *Il perimento della cosa e la teoria dell'efficacia giuridica*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti - Giuffrè* - Milano 1978, pag. 1205.

<sup>6</sup>Tabet, *La locazione - conduzione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Milano 1972, pag. 778, tratto da Magazzu' *Scritti in onore ... cit.* pag. 1215, nonché Cass. Sez. I 17 marzo 1950 n. 723, in Magazzu', *Perimento della Cosa*, in *Encic. del Dir.*, vol. XXXIII Giuffrè 1983 pag. 38, nota 10.

parti"<sup>7</sup> come nel caso di un fulmine che colpisce un edificio facendone crollare una parte; si è parlato di perimento totale nel caso di "distruzione della cosa materiale, quando cioè l'originaria materia si trasforma" in modo da non presentare più un apprezzabile valore",<sup>8</sup> o quando sia venuto meno il bene nella sua considerazione economico - sociale<sup>9</sup> come nei casi in cui l'immobile viene sommerso dal mare oppure quando il terreno viene ingoiato da una voragine. In natura - si è peraltro precisato in dottrina - il perimento non ha quasi mai carattere di annientamento totale in quanto, per il "principio della conservazione della massa", esso di solito dà luogo a semplice trasformazione. Si ha pertanto perimento con trasformazione quando tutta la cosa è investita dall'azione distruttiva, azione che fa sparire la cosa originaria e lascia in suo luogo un'altra cosa avente ancora un valore pratico<sup>10</sup> - come nel caso in cui dal crollo dell'edificio residuano l'area ed i materiali.

Altra distinzione utile ai nostri fini, stante la collocazione della presente analisi nel campo delle vicende sismiche, è quella fra perimento per eventi naturali e perimento per fatto dell'uomo. Con il termine perimento, si è detto, si designa la distruzione della cosa per cause naturali estranee alla volontà di coloro che sono titolari di diritti sulla stessa (vetustà, terremoto, scoppio, etc.). Si parla invece di demolizione e non di perimento nel caso in cui la distruzione dell'edificio dipenda dal fattore umano allo scopo di ricostruirlo.<sup>11</sup> La distinzione assume particolare rilevanza nell'ipotesi disciplinata dall'art. 1128 c.c., di perimento di edificio condominiale di cui si parlerà successivamente.

Con riferimento agli effetti, al perimento materiale della cosa viene tradizionalmente riconnessa l'estinzione del diritto avente oggetto la cosa perita. Tuttavia in alcune ipotesi, si afferma, pur verificandosi il perimento, il diritto non si estingue perché in esse opererebbe il meccanismo della cosiddetta surrogazione reale mediante il quale l'ordinamento, a tutela dell'interesse del soggetto titolare del diritto di cui è oggetto materiale la cosa perita, fa sì che alla cosa perita se ne sostituisca un'altra.

L'elemento comune che produce il meccanismo della surrogazione è quello della conservazione del diritto attraverso modalità operative di diversa natura in tale modo descritte dalla dottrina:

"a) se la cosa su cui il diritto è costituito perisce ed in dipendenza del perimento è dovuta una indennità corrispondente al valore della cosa stessa (dal terzo responsabile, dall'assicuratore, dallo stato per i c.d. danni di guerra), il diritto si trasferisce sull'indennità (*pretium succedit in locum rei*);

b) se la cosa perita viene ripristinata con detta indennità, il diritto si trasferisce sulla cosa ripristinata; per esempio, se è perito un edificio che viene ricostruito, il diritto si trasferisce sul nuovo edificio (*res succedit in locum rei*);

c) se residua alcunché dal perimento totale della cosa, il diritto si conserva su ciò che rimane; per esempio, dalla distruzione di un edificio residuano il suolo ed i materiali (*ancora res succedit in locum rei*)".<sup>12</sup>

---

<sup>7</sup>G. Pugliese, *Usufrutto Uso e Abitazione*, in Trattato di Diritto Civile Italiano, UTET – 1972, pag. 612.

<sup>8</sup>Rubino, *L'ipoteca – Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Cicu - Messineo Giuffrè 1956, pag. 508.

<sup>9</sup>Tamburrino, *Le Servitù in Giurisp. sist. civ. e com. diretto da Walter Bigiavi - Torino 1977 pag. 345 in Boero, "Le ipoteche", Giurisprudenza sistematica a cura di Walter Bigiavi - UTET – Torino 1999 pag. 707.*

<sup>10</sup>Pugliese, *op. cit.*, pagg. 612 – 613.

<sup>11</sup>Tratto da Magazzù, *scritti in onore di ... op. cit.*, pag. 1207 nota 6; in giurisprudenza, Cass. II, 6 giugno 1974 n. 1613; CASS. I, 17/4/1973 n. 1095, nonché vedi successiva nota n. 44.

<sup>12</sup>Magazzù, *Scritti in onore, op. cit.*, pag. 1300.

La surrogazione in senso tecnico si ha nelle ipotesi previste alle prime due lettere: nel caso della lettera a) si ha la cosiddetta surrogazione reale impropria ove il diritto si risolve in una somma di denaro corrispondente al valore del bene perito; nel caso della lettera b) si ha la cosiddetta surrogazione reale propria ove il diritto si trasferisce dall'oggetto perito ad altro oggetto ipotecabile.<sup>13</sup>

In tema di ipoteca, in particolare, è previsto uno specifico rimedio al perimento del bene oggetto della garanzia dall'art. 2742 c.c. il quale dispone che, se le cose soggette ad ipoteca sono perite o deteriorate, le somme dovute dagli assicuratori per indennità della perdita o del deterioramento sono vincolate al pagamento dei crediti ipotecari secondo il loro grado, eccetto che le medesime vengano impiegate per riparare la perdita o il deterioramento

Alla luce dei principi esposti è a questo punto possibile verificare come il perimento di un immobile (totale, parziale o con trasformazione) incida sui singoli diritti di cui lo stesso costituisce l'oggetto materiale e quindi quali saranno le conseguenze sull'ipoteca. Con il perimento del bene infatti non sempre come si è visto si estingue il diritto, potendo lo stesso mutare l'oggetto materiale cui inerisce.

### **3. Ipoteca e perimento di bene immobile in proprietà.**

In tema di proprietà non vengono dettate norme specifiche sull'argomento "perimento", se non nel caso in cui sia coinvolto un edificio condominiale per il quale, come già accennato, l'art. 1128 c.c. detta una disciplina particolare.

In merito alla proprietà individuale valgono pertanto i principi generali: nel caso in cui avvenga la distruzione materiale della cosa senza alcun residuo come nel caso dell'annientamento dello sperone di terra aggettante, il diritto del proprietario si estinguerà per mancanza dell'oggetto naturale (perimento totale); nel caso di distruzione di una parte del bene il diritto del proprietario permarrà sulla parte residua dell'immobile e sull'area di risulta (perimento parziale); nel caso di perimento totale del bene, con concentrazione del diritto su quanto residuo, il diritto del proprietario si adatterà al mutamento materiale della cosa (perimento con trasformazione).

Con riguardo all'ipoteca questa si estinguerà nel caso di perimento totale del bene a seguito dell'estinzione sia del diritto di proprietà, sia dell'oggetto materiale<sup>14</sup>; in caso di perimento parziale rimarrà su quanto residua dell'immobile oggetto di iscrizione, con la precisazione che in caso di perimento di un edificio, oltre che sulla parte non perita della costruzione, l'ipoteca rimarrà anche sul suolo, in applicazione del principio - in precedenza esposto - in base al quale il diritto costituito sull'edificio comprende anche il suolo che del bene immobile costituisce una componente; in caso di perimento con trasformazione, rimarrà sul bene capace d'ipoteca ovverosia sul suolo, per il principio in precedenza richiamato, ma si estinguerà sui materiali in quanto beni mobili non suscettibili d'ipoteca ai sensi dell'art. 2810 c.c..

### **4. Ipoteca e perimento di bene immobile in diritto d'usufrutto.**

#### **4.1. Generalità.**

---

<sup>13</sup>Sull'argomento, Boero, op.cit., pag. 321.

<sup>14</sup>Rubino, op.cit. pag. 508. Per un approfondimento delle tesi in argomento vedi comunque successivo paragrafo 7.3.6.

Più articolata la disciplina dell'usufrutto in materia di perimento rispetto a quella dettata in tema di proprietà.

L'art. 1014 c.c. stabilisce come regola generale, che *“l'usufrutto si estingue: n. 3 per il totale perimento della cosa su cui è costituito”*.

La norma, alla luce di quanto detto in precedenza, sembra peraltro doversi leggere nel senso che l'estinzione del diritto si verifica, non solo quando l'elemento materiale del diritto viene meno, ma anche quando l'ordinamento non abbia previsto misure per la tutela del diritto soggettivo di cui la cosa perita costituiva oggetto materiale (c.d. surrogazione).

La disciplina in tema di usufrutto è un tipico esempio di predisposizione di tali misure. Il codice civile infatti, oltre a completare la regola generale fissata dall'art. 1014 c.c. prevedendo all'art. 1016 c.c. che il perimento parziale non comporta l'estinzione del diritto in quanto lo stesso può essere esercitato su quanto è residuo, contempla, con una serie di norme, una regolamentazione articolata delle varie ipotesi di perimento degli edifici, che non lascia privi di tutela gli interessi che stanno alla base del diritto soggettivo. Tale normativa conferma inoltre la distinzione, in precedenza evidenziata, fra i vari casi di perimento materiale della cosa nonché la necessità, rilevata dal legislatore, di predisporre una tutela dell'interesse del soggetto titolare del diritto soggettivo pregiudicato dal perimento.

La detta distinzione e la tutela risultano in modo evidente dall'analisi degli artt. 1018 c.c. e 1019 c.c. in tema di perimento di edifici concessi in usufrutto.

L'art. 1018 c.c. prevede due diverse fattispecie: la prima relativa al perimento di un edificio facente parte di un fondo oggetto di usufrutto (*se l'usufrutto è stabilito sopra un fondo del quale fa parte l'edificio e questo viene in qualsiasi modo a perire, l'usufruttuario ha diritto di godere dell'area e dei materiali*); la seconda riguardante il perimento di edificio oggetto esclusivo del diritto di usufrutto (*la stessa disposizione* (n.d.a. quella del primo comma) *si applica se l'usufrutto è stabilito soltanto sopra un edificio*). In entrambi i casi la normativa prevede espressamente il rimedio della surrogazione reale: in caso di distruzione dell'edificio l'usufruttuario ha diritto, attraverso il meccanismo di tutela apprestata dall'ordinamento, di godere dell'area e dei materiali residui.

Tale disciplina porta la dottrina ad affermare che, in tal modo, l'usufrutto di norma continua su ciò che residua dopo il perimento, adeguandosi alla materia della nuova cosa.<sup>15</sup> A tale conclusione potrebbe aggiungersi che in realtà di vera e propria surrogazione in senso stretto si potrebbe parlare solo nel caso di trasferimento dell'usufrutto sui materiali perché l'usufrutto sull'area non sarebbe su cosa nuova in quanto già sorto fin dall'inizio in forza della relazione intercorrente fra suolo ed edificio a seguito dell'incorporazione.

La ragione del persistere dell'usufrutto risiede nelle necessità, riscontrate dal legislatore di equiparare l'ipotesi di trasformazione della cosa - da edificio a suolo e materiali - a quella del perimento parziale (art. 1016 c.c.), nonché di assicurare un'utilità economica a favore dell'usufruttuario, e quindi di individuare una tutela al suo interesse, attraverso la limitazione della portata dell'art. 1014 c.c. che considera il perimento come causa di estinzione dell'usufrutto.

Per il caso dell'usufrutto costituito solo sull'edificio perito, peraltro, al fine del perseguimento dell'interesse generale alla ricostruzione, è prevista dall'art. 1018 c.c. comma 2° una variante secondo la quale, se il nudo proprietario intende ricostruire un altro edificio, ha diritto di occupare l'area e di valersi dei materiali, trasferendo l'usufrutto - che quindi continua ad esistere - dal bene

---

<sup>15</sup> Pugliese, op.cit., pag. 615.

immobile ad una somma corrispondente al valore del bene, con il conseguente pagamento all'usufruttuario degli interessi su detta somma finché dura l'usufrutto. Anche in questo caso l'usufrutto non si estingue (articolo 1018 c.c.: "... durante l'usufrutto...") ma si trasferisce su un bene diverso, dall'edificio al valore monetario del bene.<sup>16</sup> Il meccanismo surrogatorio anche in questo caso è diretto oltre al fine del perseguimento dell'interesse generale alla ricostruzione anche alla tutela dell'usufruttuario che, con il perimento del bene e con l'esercizio da parte del proprietario della facoltà di ricostruire, vedrebbe altrimenti completamente vanificato il suo diritto.

In merito alla ratio della variante di cui al 2° comma, sembra potersi affermare che la stessa risieda nel favore che il legislatore ripone nell'opera di ricostruzione dell'edificio e nella necessità di contemperare comunque gli interessi del proprietario e dell'usufruttuario. Se da un lato è concessa al proprietario la facoltà di ricostruire, a sue spese, l'edificio, assicurandogli la piena proprietà dello stesso, dall'altro è permesso all'usufruttuario di conservare il suo diritto assegnandogli il pagamento degli interessi sulla somma corrispondente al valore di quanto è stato a lui tolto ossia l'area ed i materiali.

Analogo contemperamento d'interessi si verifica - anche se con l'introduzione di qualche differenza - con la disciplina contenuta nell'art. 1019 c.c. ove, nel caso in cui l'usufruttuario abbia provveduto all'assicurazione della cosa o al solo pagamento dei premi per la cosa già assicurata, l'usufrutto si trasferisce sull'indennità dovuta dall'assicuratore (altra ipotesi di surrogazione reale impropria), a condizione peraltro che il nudo proprietario non intenda ricostruire l'immobile perito con la somma conseguita come indennità. Se al contrario il nudo proprietario esprime la volontà di ricostruire con detta somma l'immobile, l'usufrutto si trasferisce sull'edificio ricostruito (ipotesi di surrogazione reale propria).

Come si vede il contemperamento degli interessi, anche in tal caso, è matrice costante dell'opera del legislatore che proprio a tal fine, nell'ultimo inciso della norma, delimita con precisione l'ambito quantitativo del diritto dell'usufruttuario stabilendo che se la somma impiegata nella ricostruzione è maggiore di quella spettante in usufrutto (ossia dell'indennità), il diritto dell'usufruttuario sul nuovo edificio è limitato in proporzione di quest'ultima. In tal modo il legislatore completa il sistema creando addirittura una comunione di godimento fra usufruttuario e nudo proprietario, riconoscendo a quest'ultimo il diritto di ricostruire a suo piacimento l'edificio perito, anche utilizzando denaro in eccedenza rispetto quello ricevuto a titolo di indennità, e quindi di essere qualificato come pieno proprietario su quella parte di immobile realizzato con la detta somma in eccedenza.<sup>17</sup> La coerenza e l'equilibrio del sistema si rileva dall'analisi combinata delle costruzioni normative contenute negli artt. 1018 e 1019 c.c. nonché dalle soluzioni ipotizzabili per casi non contemplati espressamente dalle dette norme.

Ed in particolare:

a) cosa succede se il proprietario ricostruisce tutto l'immobile con denaro proprio quindi non derivante da quanto versato dall'assicurazione a titolo di indennità?

L'usufrutto permane sull'indennità e l'immobile ricostruito risulta purgato dall'usufrutto in quanto la norma espressamente prevede che in caso di ricostruzione l'usufrutto si trasferisce sul bene ricostruito solo nel caso in cui il nudo proprietario utilizzi la somma conseguita a titolo di indennità.

---

<sup>16</sup>Cfr. Ufficio Studi CNN, risposta al quesito n. 5987/C del 19 ottobre 2005.

<sup>17</sup>Il nudo proprietario potrebbe decidere di usare una somma minore per la ricostruzione rispetto a quella ricevuta a titolo di indennità. In tal caso la dottrina (Pugliese op.cit. pag.622) si ritiene che per l'eccedenza "sopravvive l'usufrutto regolato dall'art. 1000 c.c."

Soluzione questa coerente con quanto delineato nell'art. 1018, 2° comma c.c.: l'usufrutto si trasferisce su una somma pari al valore del bene sottratto alla disponibilità dell'usufruttuario e l'edificio ricostruito a spese del proprietario è liberato dall'usufrutto.

La differenza fra le due norme sta nell'eventualità di un diverso importo delle somme su cui grava l'usufrutto: quella dell'art. 1019 c.c. avrebbe come riferimento il valore dell'immobile perito - che potrebbe essere sia un fondo sia un edificio - quella dell'art. 1018 c.c. il valore dell'area e dei materiali;

b) cosa accade se l'assicurazione è stata stipulata e i premi sono stati pagati dal proprietario e non dall'usufruttuario?

Per una parte della dottrina<sup>18</sup> presupposto essenziale della surrogazione reale è che l'usufruttuario abbia provveduto ad assicurare la cosa o almeno abbia pagato i premi per la cosa già assicurata. Altrimenti, si conclude, in caso di perimento fortuito dell'edificio l'usufrutto è estinto in tutto o in parte e l'indennità spetta liberamente al nudo proprietario.

In realtà il legislatore all'art. 1019 c.c., nel disciplinare la sorte del diritto dell'usufruttuario che ha provveduto all'assicurazione o al pagamento dei premi, inserisce, al solo fine di temperare gli interessi in gioco, delle limitazioni a tale diritto, non disciplinando, se non in maniera residuale, il caso del nudo proprietario che utilizza denaro proprio per la ricostruzione, ipotesi già regolata dall'art. 1018 c.c., 2° comma. Che il denaro impiegato per la ricostruzione derivi fin dall'origine dal patrimonio del nudo proprietario o vi sia pervenuto successivamente a seguito della liquidazione dell'assicurazione contratta dal nudo proprietario, sono eventi estranei alla fattispecie disciplinata dall'art. 1019 c.c. Prova ne è l'ultimo inciso dell'articolo che esclude l'usufruttuario dal godimento della parte dell'edificio ricostituito che, per valore, esorbita dall'ammontare dell'indennità (e quindi esorbita dal diritto garantito dall'ordinamento). Se così non fosse, si dovrebbe addirittura concludere che l'assicurazione conclusa dal nudo proprietario all'insaputa dell'usufruttuario ed anche senza ricostruzione, comporterebbe l'estinzione del diritto d'usufrutto anche sull'area e sui materiali che senza assicurazione – ex art. 1018 c.c. - permarrrebbe. Sembra pertanto potersi ipotizzare la conclusione che se l'assicurazione o il pagamento dei premi sono effettuati dal nudo proprietario non sarà applicabile l'art. 1019 c.c., bensì l'art. 1018 c.c. 2° comma con le conseguenze già riscontrate in precedenza in occasione dell'analisi di tale norma;

c) potrebbe l'usufruttuario scegliere fra avere gli interessi sull'indennità o continuare ad esercitare l'usufrutto sull'area ed i materiali?

Stante il fatto che è l'usufruttuario stesso che ha provveduto all'assicurazione e al pagamento dei ratei e che la norma è disposta a suo favore, sembra ammissibile una sua rinuncia a godere degli interessi sull'indennità nell'ipotesi in cui valuti più conveniente, anche in proiezione futura, di conservare il suo diritto sull'area ed i materiali, avendo in tal modo anche la facoltà, se possibile, di provvedere in proprio alla ricostruzione di quanto perito.

Valutata l'incidenza del perimento della cosa sull'usufrutto, passiamo ora a considerare i riflessi sull'ipoteca costituita sull'usufrutto.

## 4.2. Le singole ipotesi

---

<sup>18</sup>Pugliese, op.cit., pag. 619.

L'art. 2814 c.c., che si occupa dell'ipoteca sull'usufrutto, nel disporre che "*Le ipoteche costituite sull'usufrutto si estinguono col cessare di questo*" lascia all'interprete il compito di coniugare la norma stessa con le disposizioni che regolano, come abbiamo visto, l'estinzione dell'usufrutto e quelle generali che disciplinano l'estinzione dell'ipoteca. L'interprete peraltro non può limitarsi ad accettare la semplice equazione estinzione dell'usufrutto / estinzione delle garanzie reali, ma deve altresì cimentarsi anche con le ipotesi che, nonostante la permanenza dell'usufrutto, danno luogo all'estinzione dell'ipoteca.

Ricordando le singole ipotesi di perimento è possibile verificare in quali casi l'ipoteca resista a tale evento:

a) perimento totale del terreno non assicurato, oggetto dell'usufrutto (esempio: crollo del terreno aggettante): si estingue l'usufrutto per disintegrazione degli elementi essenziali della cosa, per annientamento della materia di cui è composta la cosa oggetto del diritto. L'ipoteca si estingue per il venire meno del diritto su cui è stata costituita e per l'assenza di rimedi predisposti dall'ordinamento;

b) perimento dell'edificio di cui al 1° comma dell'art. 1018 c.c. senza ricostruzione: l'usufrutto persiste sull'area e sui materiali; l'ipoteca conseguentemente rimane sull'usufrutto dell'area, ma non sull'usufrutto dei materiali che, avendo ad oggetto beni mobili, non hanno le caratteristiche di cui all'art. 2810 c.c. n. 1 e quindi non sono capaci di ipoteca;

c) perimento dell'edificio di cui al 1° comma dell'art. 1018 c.c., con ricostruzione da parte dell'usufruttuario:<sup>19</sup> automatica estensione dell'usufrutto all'immobile ricostruito ai sensi degli artt. 983, 985 e 986 del c.c. che disciplinano ed estendono il diritto dell'usufruttuario rispettivamente sulle accessioni, sui miglioramenti e sulle addizioni<sup>20</sup> con conseguente estensione dell'ipoteca all'immobile ricostruito ai sensi dell'art. 2811 c.c. che disciplina l'estensione dell'ipoteca ai miglioramenti ed alle accessioni;<sup>21</sup>

d) perimento dell'edificio di cui al 2° comma dell'art. 1018 c.c., prima parte, senza ricostruzione: l'usufrutto persiste sull'area e sui materiali, l'ipoteca rimane conseguentemente sull'usufrutto dell'area, ma non sull'usufrutto dei materiali che, essendo beni mobili, non hanno le caratteristiche di cui all'art. 2810 c.c. n. 1 e quindi non sono beni capaci di ipoteca;

e) perimento dell'edificio di cui al 2° comma dell'art. 1018 c.c. con ricostruzione:

- in caso di ricostruzione da parte dell'usufruttuario, l'usufrutto si estende automaticamente all'immobile ricostruito in base ai principi indicati alla precedente lettera a); l'ipoteca, avendo ad oggetto sia l'edificio sia il suolo, con la ricostruzione si estende ex art. 2811 c.c. all'edificio ricostruito.<sup>22</sup> Un problema di non scarsa rilevanza connesso a questa ipotesi è quello se

---

<sup>19</sup> A tal proposito la dottrina si è chiesta chi abbia il diritto di ricostruire l'edificio ed in particolare se l'usufruttuario abbia la facoltà di procedere alla ricostruzione. A tal proposito parte della dottrina (Pugliese: *Usufrutto, uso e abitazione in Trattato Vassalli*, II ed. Torino, 1972, pag. 549) ritiene che "In generale l'usufruttuario non può costruire sull'immobile in usufrutto, poiché altrimenti ne altererebbe la destinazione economica. Ma se l'usufrutto riguardava un edificio e questo è perito, il ricostituirlo non può implicare un mutamento della destinazione economica. Tanto se l'edificio era compreso in un fondo, quanto se era oggetto autonomo dell'usufrutto, la ricostruzione è da considerarsi lecita. Secondo altra parte della dottrina la facoltà di costruire l'edificio "non compete al nudo proprietario, ma soltanto all'usufruttuario il quale può avvalersene" in tale modo estendendo il proprio diritto anche sull'edificio una volta che la costruzione di quest'ultimo sia stata completata" (*Bigliazzi Geri l'Usufrutto, Milano, 1977*).

<sup>20</sup>In merito alla possibilità per l'usufruttuario di farsi rimborsare le spese di costruzione al termine dell'usufrutto la dottrina (Pugliese, op.cit., pag. 549 richiamando anche Barbero) ritiene che, essendo, l'edificio un'addizione, l'usufruttuario possa ottenere un'indennità pari alla minor somma tra lo speso ed il migliorato ex art. 986 ultimo comma c.c.

<sup>21</sup>Cfr. CNN studio n. 210-2017/C ed in particolare nota n. 2 di detto studio.

<sup>22</sup>Problema a sé stante è quello della ricostruzione ad opera di un terzo. A tal proposta Rubino ritiene che "il creditore ipotecario non può impedire la separazione ad istanza del terzo, proprietario dei materiali o delle altre cose accessorie, nella ipotesi degli artt.

l'usufruttuario possa ricostruire l'edificio autonomamente o debba richiedere preventivamente al proprietario l'autorizzazione a ricostruire. La seconda soluzione sembra essere preferibile in quanto l'ordinamento - in deroga al principio generale fissato dall'art. 983 c.c. che prevede la possibilità per il proprietario di realizzare costruzioni sul fondo solo con il consenso dell'usufruttuario - attribuisce preliminarmente tale facoltà di ricostruzione al proprietario prevedendo specifiche conseguenze per lui positive quale la cancellazione dell'usufrutto originario dal bene immobile e quindi l'estinzione dell'ipoteca;<sup>23</sup>

- in caso di ricostruzione da parte del nudo proprietario, l'usufrutto si sposta su una somma corrispondente al valore dell'area e dei materiali e l'ipoteca si estingue per mutamento dell'oggetto materiale dell'usufrutto da immobile (l'edificio) a mobile (la somma), bene non capace per l'ordinamento di essere oggetto di ipoteca;

f) perimento dell'immobile assicurato dall'usufruttuario ai sensi del 1° comma dell'art. 1019 c.c.: l'usufrutto si trasferisce per surrogazione sull'indennità dovuta dall'assicuratore, l'ipoteca si estingue per il totale perimento del bene "indennizzato" e surrogato con bene mobile (l'indennità) non capace per l'ordinamento di essere oggetto di ipoteca;

g) perimento del terreno assicurato ai sensi del 1° comma dell'art. 1019 c.c., con assicurazione e pagamento dei premi da parte del proprietario e non da parte dell'usufruttuario. L'usufrutto si estingue e l'indennità spetta pienamente al nudo proprietario<sup>24</sup> l'ipoteca è destinata ad estinguersi per estinzione totale del diritto immobiliare su cui è stata costituita;

h) perimento dell'edificio assicurato ai sensi del 1° comma dell'art. 1019 c.c. dall'usufruttuario e di cui l'usufruttuario abbia pagato i premi senza ricostruzione: l'usufrutto si trasferisce dall'area e dai materiali sull'indennità e l'ipoteca si estingue automaticamente per il trasferimento del diritto d'usufrutto su bene non capace di ipoteca;

i) perimento di edificio assicurato ai sensi del 1° comma dell'art. 1019 c.c. dall'usufruttuario e di cui l'usufruttuario abbia pagato i premi con ricostruzione dell'edificio da parte del nudo proprietario utilizzando l'indennità assicurativa ai sensi dell'art. 1019, 2° comma c.c.: l'usufrutto si trasferisce sul nuovo edificio e l'ipoteca, iscritta sull'usufrutto, continua a gravare sull'immobile oggetto dell'usufrutto anche se materialmente nuovo (ipotesi di surrogazione reale propria);<sup>25</sup>

---

935, 937 e 939 e dello stesso proprietario della cosa principale nelle ipotesi degli artt. 936, 937 e 939 c.c., né comunque sostituirsi a quest'ultimo nella scelta. In questo caso, infatti, l'incorporazione si presenta come un vero e proprio atto illecito (al cui autore si può chiedere anche il risarcimento del danno) e nemmeno l'ipoteca può costringere il proprietario a subirla senza reagire. Ed anche ad ammettere – secondo un'opinione peraltro controversa – che con l'unione materiale si verifichi subito l'acquisto della proprietà e quindi l'estensione automatica della garanzia, questa situazione avrebbe solo carattere provvisorio e neanche l'ipoteca potrebbe renderla definitiva fin dal primo momento, Tanto meno la sostituzione nella scelta, per mantenere l'incorporazione, può avvenire con l'ordinanza surrogatoria; e a fortiori se contro la volontà del proprietario di ottenere la rimozione, sicché mancherebbe lo stesso presupposto dell'inerzia di quest'ultimo, e anche ove il creditore sia disposto a rimborsare il terzo a proprie spese".

<sup>23</sup>A tal proposito in dottrina (Pugliese, op.cit., pag. 549) si ritiene che l'usufruttuario debba "prima interpellare il nudo proprietario se intende provvedere lui alla ricostruzione, poiché la sua facoltà prevale su quella dell'usufruttuario". L'usufruttuario pertanto sarebbe libero di ricostruire solo in caso di risposta negativa da parte del nudo proprietario.

<sup>24</sup>Pugliese, op.cit, pag. 619.

<sup>25</sup>Per giustificare tale conclusione il percorso argomentativo si basa sulla considerazione che l'usufrutto non si trasferisce immediatamente dal terreno di incidenza del fabbricato perito all'indennità, ma solo nel momento in cui il proprietario ha espresso la sua decisione in merito all'utilizzo dell'indennità ed in particolare se investirla o meno nella ricostruzione. Nel primo caso l'usufrutto continua a gravare sul terreno e sui materiali per poi trasferirsi al nuovo edificio realizzato, nel secondo caso si trasferisce definitivamente sull'indennità. Al fine di dare consistenza anche convenzionale a tale ricostruzione l'usufruttuario potrebbe peraltro scegliere preventivamente di continuare ad esercitare l'usufrutto sull'area e sui materiali in caso di perimento dell'edificio, rinunciando all'usufrutto sull'indennità versata dall'assicurazione in caso di sinistro. La scelta potrebbe essere fatta al momento della costituzione dell'usufrutto oppure, con il consenso del nudo proprietario, della concessione della garanzia ipotecaria, anche a richiesta del creditore ipotecario che in tal modo, se conveniente, potrebbe conservare la garanzia reale sul diritto d'usufrutto

l) perimento dell'edificio assicurato dal proprietario che ha pagato i premi. La dottrina in precedenza richiamata<sup>26</sup>, senza distinguere fra il perimento di terreno e di edificio, ritiene che l'usufrutto si estingua e l'indennità spetti totalmente al nudo proprietario. Se tale ultima soluzione può ritenersi adeguata per il perimento di un terreno, nel caso di edificio sembra opportuno ritenere che l'usufrutto sopravviva sull'area e sui materiali in applicazione dell'art. 1018, 2° comma c.c. e l'ipoteca, come abbiamo già visto in precedenza nell'analisi di detta norma, continui ad esistere sull'area e venga meno sui materiali;

m) la somma impiegata nella ricostruzione è maggiore di quella dell'indennità su cui si sarebbe trasferito l'usufrutto: il diritto d'usufrutto sul nuovo edificio è limitato alla quota attribuita all'usufruttuario, l'ipoteca si trasferisce sulla detta quota;

n) la somma impiegata per la ricostruzione è inferiore all'indennità versata dall'assicuratore, l'usufruttuario oltre al diritto sull'intero edificio, conserverà altresì il proprio diritto sulla porzione di indennità non utilizzata. L'ipoteca permane sull'intero edificio.

#### **4.3. Rapporto tra l'art. 1019 c.c. e l'art. 2742 c.c..**

È opportuno a questo punto verificare la portata degli artt. 1019 e 2742 c.c. stante la apparente identità di campo in cui operano. In particolare cosa accade nel caso in cui si riscontri la presenza di un'assicurazione stipulata dall'usufruttuario che ha ipotecato il suo diritto a garanzia del credito e l'edificio oggetto del diritto perisca? La risposta dipende dal tipo di assicurazione contratta dall'usufruttuario.

Differenti sono infatti le assicurazioni base delle due norme: la prima (1019) serve quale oggetto sostitutivo del bene su cui esercitare il diritto d'usufrutto; la seconda (2742) per compensare la perdita dell'usufrutto estinto a seguito del perimento del bene.

Se l'usufruttuario ha assicurato il bene immobile per l'ipotesi di suo perimento, l'assicuratore è tenuto a versare a titolo d'indennità una somma pari al valore del bene perito, somma su cui l'usufruttuario vedrà trasferito il diritto di usufrutto. Ciò significa che l'usufruttuario non potrà ottenere una parte del capitale indennitario proporzionale al valore del suo diritto, ma potrà solo trarre i frutti provenienti dalla somma. Tant'è che con l'estinzione dell'usufrutto la somma versata a titolo di indennità resterà nella piena titolarità e disponibilità del proprietario dell'immobile perito, già titolare della stessa fin dall'inizio ancorché gravata dall'usufrutto. Se così è, il creditore garantito dall'ipoteca sul bene perito, non potrà certo pretendere più di quanto spettante al suo debitore e quindi non potrà usufruire del disposto dell'art. 2742 c.c. che disciplina un'ipotesi diversa di assicurazione del diritto immobiliare oggetto dell'ipoteca. Tale ipotesi si concretizza solo quando l'usufruttuario abbia assicurato il suo diritto d'usufrutto dall'estinzione a seguito del perimento dell'immobile. In tal caso il creditore ipotecario ai sensi dell'art. 2742 c.c. potrà surrogarsi nell'indennità dovuta dall'assicuratore che sarà tenuto a versare l'intero importo all'usufruttuario titolare del diritto perito.<sup>27</sup>

Nonostante si parli di assicurazione in entrambi gli articoli, l'oggetto o meglio il bene giuridico assicurato risulta diverso:

---

sull'area ed eventualmente sull'edificio ricostruito nel caso in cui l'usufruttuario o il proprietario – con l'indennità acquisita – decidessero la riedificazione.

<sup>26</sup>Vedi precedente nota n. 24.

<sup>27</sup>Cfr.: Rubino, op.cit., pag. 186: "Se l'usufruttuario aveva assicurato solo il diritto d'usufrutto, la relativa indennità spetta solo a lui, sicché l'ipoteca si converte in pegno di questo credito".

- nell'art. 1019 c.c. l'usufruttuario tende a conservare un bene su cui continuare ad esercitare il suo diritto: l'indennità assicurativa o l'edificio che con questa viene ricostruito;
- nell'art. 2742 c.c. il titolare del diritto sul bene tende ad ottenere una somma di denaro corrispondente al valore del diritto sul bene perito.

Come si vede la garanzia assicurativa, atteggiandosi in maniera difforme nelle due ipotesi, non tutela lo stesso interesse essendo nel primo caso a protezione dell'interesse del titolare d'usufrutto di esercitare il proprio diritto, mentre nel secondo a salvaguardia della consistenza monetaria del diritto a tutela dell'interesse sia dell'usufruttuario sia di terzi che possano vantare diritti sul suo diritto d'usufrutto. Tale diversità avrà diverse conseguenze nella gestione delle differenti fattispecie. In particolare potrà essere stipulata:

- a) un'assicurazione del bene da parte dell'usufruttuario per i casi di perimento al fine di garantirsi la possibilità di esercitare il suo diritto su un valore corrispondente al bene perito o su un nuovo edificio con l'indennità assicurativa;
- b) un'assicurazione dell'usufrutto da parte del suo titolare per i casi di perimento del diritto sul bene al fine di garantirgli una somma di denaro a titolo di risarcimento del diritto perduto.

La costituzione dell'ipoteca nella prima ipotesi ha come conseguenza che, a seguito del perimento del bene, ai sensi dell'art. 1019 c.c., l'ipoteca si estinguerà nel caso di mancata ricostruzione dell'edificio ed il creditore ipotecario non potrà proporre nessuna azione sull'indennità in quanto di titolarità del nudo proprietario. Nel secondo caso potrà esercitare l'azione ex 2742 c.c. in quanto somma dovuta all'usufruttuario a titolo di indennizzo del diritto d'usufrutto estinto.

## **5. Ipoteca e perimento di bene immobile in diritto di superficie.**

### **5.1. Generalità.**

Per il diritto di superficie il legislatore non ha dettato una disciplina analitica come quella affrontata per il diritto d'usufrutto, limitandosi a regolare le conseguenze sul diritto nell'ipotesi di perimento della costruzione e rinviando per il resto ai principi generali. Per la fattispecie disciplinata, l'articolo 954, 3° comma, prevede che *"il perimento della costruzione non importa, salvo patto contrario, l'estinzione del diritto di superficie"*. Tale norma è in pieno accordo con quanto dettato dall'articolo 952 1° comma il quale dispone che *"il proprietario può costituire il diritto di fare e mantenere al di sopra del suolo una costruzione a favore di altri, che ne acquista la proprietà"*: con la distruzione dell'edificio il titolare del diritto di superficie, constata l'annientamento materiale del bene, ma conserva intatto l'originario diritto di costruire che può utilizzare per edificare nuovamente l'immobile entro i termini prescrizionali. Il superficiario, a seguito del perimento dell'edificio, conserva in sostanza lo stato di diritto in cui si trovava prima dell'edificazione, al momento della costituzione del diritto reale.

Se tale considerazione ci permette di comprendere il fondamento della persistenza del diritto di superficie a seguito del perimento dell'edificio realizzato, le diverse interpretazioni dell'art. 952 2° comma c.c. mettono l'operatore di fronte alla necessità di predisporre strumenti contrattuali idonei per la tutela bilanciata degli interessi delle parti che le diverse opinioni ricostruttive pongono in pericolo. Una parte della dottrina ha infatti ritenuto che il legislatore, nell'art. 952 2° comma c.c. - che dispone che il proprietario *"può alienare la proprietà della costruzione già esistente, separatamente dalla proprietà del suolo"* - abbia avuto presente due diritti differenti, originati da due fattispecie diverse ed in particolare

a) quello di proprietà separata - senza concessione di un diritto di superficie - derivante dalla alienazione della proprietà della costruzione già esistente, separatamente da suolo;<sup>28</sup>

b) quello di proprietà superficaria, espressione del diritto di superficie, conseguente all'edificazione o derivante dall'espressa previsione di un diritto di superficie connesso all'alienazione della proprietà separata.

La conseguenza principale di tale interpretazione della norma sta nell'applicabilità del citato art. 954, 3° comma c.c. alla sola proprietà superficaria e non alla proprietà separata: in tale ultima ipotesi infatti, si afferma, *"distrutta la costruzione verrà meno ogni possibilità di riedificarla, mancando un diritto di superficie"*.<sup>29</sup>

Di diverso avviso è quella parte della dottrina<sup>30</sup> che afferma che non esistono due diversi tipi di proprietà superficaria in quanto l'art. 952 c.c. prevede due ipotesi che costituiscono espressione dell'unico diritto di superficie, ciò trovando conferma anche nella rubrica della norma che senza distinguere parla di "Costituzione del diritto di superficie".

Conseguenza di tale opinione è che il titolare del diritto di proprietà sull'edificio, sia nel caso in cui lui stesso lo abbia realizzato, sia nel caso in cui lo abbia acquistato già edificato, ha in caso di perimento il diritto di ricostruire il manufatto, salvo che tale diritto sia stato escluso in sede di costituzione o di acquisto del diritto di superficie o che le parti abbiano espressamente collegato l'estinzione del diritto al perimento della costruzione. Come ricorda parte della dottrina tale ultima previsione viene di solito utilizzata *"in quei casi in cui, nel costituire il diritto si sia voluto limitarne la durata al permanere di una particolare e specifica costruzione"*.<sup>31</sup>

Questa differente interpretazione dell'istituto obbliga l'operatore a predisporre strumenti contrattuali idonei ad evitare che situazioni di dubbio portino a pericolose conflittualità. A tal fine è quindi prudente che in ogni caso di alienazione di un edificio o porzione di esso realizzato da terzi nell'esercizio di un diritto di superficie sia inserita una clausola espressa sulla possibilità o meno di ricostruire l'immobile in caso di perimento.

Si ricorda che, in attuazione dell'art. 5 della legge 122/1989 - secondo il quale "per le opere da ammettere ai contributi previsti dall'art. 4 la concessione è subordinata alla stipula redatta secondo gli schemi-tipo predisposti dal ministro..." - con D.M. 14 febbraio 1990 modificato dal D.M. 15 novembre 1993, si è provveduto alla approvazione degli schemi-tipo di concessione nei quali all'art. 3 è previsto espressamente che *"nel caso di totale perimento dell'edificio il diritto di superficie si estingue automaticamente senza indennità alcuna a favore del concessionario o dei suoi aventi causa"*.

## 5.2. Le singole ipotesi.

Verifichiamo ora come può atteggiarsi il perimento, quali sono i suoi effetti nelle singole ipotesi e quali conseguenze riverberano sulle ipoteche costituite sugli immobili oggetto del diritto di superficie:

a) perimento del terreno: venendo meno l'area sulla quale il diritto è stato costituito, si estingue il diritto medesimo per mancanza dell'oggetto ed i diritti di garanzia costituiti sul fondo - e

<sup>28</sup>Cass. 13 febbraio 1993, n. 1844, in G.I. 1994 I, 1, Salis La Superficie, in Trattato di Diritto Civile, diretto da Vassalli, Torino, 1958.

<sup>29</sup>Salis, op.cit., pag. 9.

<sup>30</sup>Pugliese, Superficie, in Commentario Codice Civile, Bologna - Roma, 1956.

<sup>31</sup>In tale ultimo senso Pescatore, Albano, Greco, Commentario del codice civile, Torino 1958, libro III, tomo 1°, pag. 578.

sull'eventuale edificio sovrastante - vengono a cessare sempre per l'estinzione del diritto sul quale è stata iscritta l'ipoteca e del suo oggetto materiale.

b) perimento dell'edificio realizzato in esercizio del diritto di superficie: il diritto di superficie, salvo patto contrario, non si estingue (ex art. 954, 3° comma c.c.) e l'ipoteca costituita su di esso permane in vita stante la permanenza del diritto sul quale è stata iscritta. In caso di ricostruzione l'ipoteca si estende automaticamente all'edificio. Si è precisato a tal proposito<sup>32</sup> che l'ipoteca si estende non per incorporazione dell'edificio al suolo né comunque ex art. 2811 c.c., ma "per l'inscindibile unità del rapporto complessivo di superficie in cui si inquadrano i due singoli diritti" (diritto di superficie e proprietà superficiaria);<sup>33</sup>

c) perimento dell'edificio di cui la proprietà separata è stata venduta dal costruttore superficiario: la proprietà separata e quindi l'ipoteca si estinguono nel caso in cui il diritto di ricostruire sia escluso per patto espresso o sia considerata corretta l'interpretazione dell'art. 952 c.c. secondo cui nella proprietà separata non è contenuto il diritto di ricostruire; l'ipoteca permane nel caso in cui non si faccia distinzione di contenuto fra proprietà separata e proprietà superficiaria o sia previsto per patto espresso il diritto di riedificare in base ad un diritto di superficie trasferito unitamente alla proprietà separata;

d) perimento di edificio su cui insiste altra costruzione realizzata nell'esercizio di un diritto di superficie per sopraelevazione. A tal proposito la soluzione dipende, oltre che dal titolo costitutivo del diritto di superficie, dalla ricostruzione della fattispecie. Secondo parte della dottrina<sup>34</sup> il diritto di superficie rimane inalterato dato che il suolo su cui grava mediatamente è rimasto intatto. L'ipoteca costituita sulla proprietà superficiaria avente ad oggetto l'unità immobiliare edificata si restringe sul diritto di superficie e si estingue per estinzione del diritto su cui è costituita per mancata riedificazione nel termine ventennale di prescrizione.

## 6. Ipoteca e perimento di bene immobile in diritto d'enfiteuta.

La disciplina del perimento nell'enfiteusi, come nell'usufrutto, assume una valenza così particolare rispetto a quella generale e degli altri diritti reali da indurre l'interprete a porsi interrogativi nuovi rispetto a quelli già formulati in precedenza.

La norma di avvio è quella contenuta nell'art. 963 c.c. la quale, disponendo che "*quando il fondo enfiteutico perisce interamente l'enfiteusi si estingue*", induce un primo confronto con la norma omologa dettata in tema di usufrutto ed in particolare sollecita l'interrogativo se il termine "fondo" utilizzato nel detto art. 963 c.c. abbia lo stesso significato del termine "bene" utilizzato nell'art. 1014 c.c. oppure, in concordanza con l'origine dell'enfiteusi e con alcune norme del codice che utilizzano il termine "fondo" come sinonimo di "terreno", (per tutte vedi l'art. 1018, 1° comma c.c.), indichi solo i terreni. Il problema è stato affrontato, fin dai primi commenti alla riforma del codice civile, da parte della dottrina, che analizzando la norma dal punto di vista funzionale,<sup>35</sup> ha espressamente escluso tale interpretazione limitativa affermando che, nonostante i fondi rustici

---

<sup>32</sup>Rubino, op.cit. pag. 178 cui aderisce Tamburrino

<sup>33</sup>Contra G.Pugliese ("Superficie" in Commentario del C.C. diretto da Scialoja e Branca pag. 462-463) che ritiene applicabile esclusivamente l'art. 2742 c.c.

<sup>34</sup>Pugliese, op. cit. ...

<sup>35</sup>CARIOTA – FERRARA, L'enfiteusi, in trattato Dir.Civ., Torino, 1950, pag. 203 - 204

costituiscano, per naturale sviluppo dell'istituto, l'oggetto più comune del rapporto enfiteutico, anche i fondi urbani possono peraltro concedersi in enfiteusi.<sup>36</sup>

Il fatto che la normativa sia applicabile anche alle enfiteusi urbane non esclude peraltro che essa sia stata originariamente pensata come avente ad oggetto dei fondi rustici e che quindi le norme siano espressione di tale intendimento. Compito dell'interprete è quindi quello di adeguare l'interpretazione di tali norme alla diversa realtà urbana.

Se da un lato è quindi corretto concludere che il perimento del fondo-terreno abbia come conseguenza l'estinzione dell'enfiteusi, dall'altro sembra opportuno chiedersi se alla stessa conclusione possa giungersi nel caso in cui l'oggetto perito concesso in enfiteusi urbana sia - come nei commi 1° e 2° dell'art. 1018 c.c. in tema di usufrutto - un edificio facente parte di un fondo o solo un edificio.

Dalla natura del diritto di enfiteusi e dalle ampie facoltà concesse all'enfiteuta - il quale non è limitato nell'esercizio del diritto al rispetto della destinazione del fondo - sembra potersi desumere che con il perimento dell'edificio l'enfiteusi non si estingua potendo essere esercitata anche mediante la ricostruzione dell'edificio perito. In realtà nell'ipotesi di distruzione dell'edificio non può dirsi che il fondo enfiteutico è perito interamente in quanto residua il terreno di risulta del fabbricato.

Potrebbe, anzi, ipotizzarsi che il fenomeno come sopra considerato integri la fattispecie prevista dall'art. 963, 2° comma c.c. ove si rappresenta il caso del perimento notevole del bene con la contestuale nascita per l'enfiteuta del diritto alla riduzione del canone o della facoltà di rinunciare al diritto d'enfiteusi, salvo il diritto al rimborso dei miglioramenti sulla parte residua.

Quid Juris per le ipoteche iscritte dall'enfiteuta?

a) nel caso in cui il terreno perisca interamente estinguendosi l'enfiteusi per mancanza del bene, si estingue automaticamente anche l'ipoteca per mancanza del diritto immobiliare sul quale era stata iscritta la garanzia;

b) nel caso in cui perisca l'edificio, l'enfiteusi rimane sul suolo, estendendosi all'edificio ricostruito dall'enfiteuta. L'ipoteca nello stesso modo permane sul suolo che, come abbiamo visto, costituisce un bene unico con l'edificio al momento dell'iscrizione. Nel caso di ricostruzione l'ipoteca si estende all'edificio ricostruito ai sensi dell'art. 2811 c.c.;

c) nel caso di rinuncia al diritto per perimento notevole del bene l'ipoteca si estingue e, se il bene risulta assicurato, sorge il diritto costituito dall'art. 2742 c.c.. Ma se il bene non è assicurato che tutela ha il creditore ipotecario di fronte ad un atto di rinuncia del debitore teso a cancellare la garanzia reale, anche mediante accordo fraudolento con il concedente?

In merito a tale fattispecie potrebbe ipotizzarsi la persistenza dell'ipoteca, ai sensi dell'art. 2815 ultimo comma c.c., il quale, nel disciplinare la sorte dell'ipoteca nei casi in cui il diritto dell'enfiteuta si riunisce al diritto del concedente per cause diverse dall'affrancazione, dalla devoluzione, dalla scadenza del termine e dalla prescrizione, stabilisce che le ipoteche gravanti sul diritto del concedente e dell'enfiteuta "continuano a gravarli separatamente, ma nell'ipotesi in cui l'ipoteca gravi soltanto sull'uno o sull'altro diritto, l'ipoteca si estende alla piena proprietà. Con tale

---

<sup>36</sup>“Gli argomenti addotti per limitare l'applicabilità dell'istituto dell'enfiteusi ai soli terreni", si è affermato, non sembrano persuasivi "in quanto nella legge non vi è alcun segno della pretesa limitazione: l'espressione fondo può riferirsi ad ogni immobile corporale; e se alcune norme non sono applicabili ai fondi urbani ciò vuol dire che si devono ammettere talune differenze, secondarie, nell'enfiteusi secondo che abbia l'uno o l'altro oggetto." (Cariota Ferrara, L'enfiteusi, cit., pag. 203 e 204).

norma il legislatore, da un lato ha predisposto una tutela dei creditori di entrambi i titolari originari di diritti sul bene mantenendo in vita la garanzia ipotecaria, dall'altro ha esteso la garanzia ipotecaria alla piena proprietà evitando in tal modo il risorgere dell'enfiteusi a seguito dell'espropriazione".<sup>37</sup> Nell'ipotesi sopra considerata l'enfiteusi si estinguerebbe per una causa diversa da quella indicata dai commi 1°, 2° e 3° dell'art. 2815 c.c. e quindi troverebbe applicazione in via residuale il 4° comma con l'applicazione delle sopra indicate discipline.<sup>38</sup>

## **7. Contitolarità di beni.**

### **7.1. Generalità.**

Il perimento di un bene in comunione comporta l'applicazione, oltre delle norme specifiche dettate per i singoli diritti reali di cui sono titolari i comunisti, di tutte le disposizioni riguardanti i beni in comunione ed in particolare quelle dettate per la ricostruzione di detti beni. Le norme in precedenza analizzate in tema di usufrutto, superficie ed enfiteusi andranno pertanto integrate, in caso di contitolarità di tali diritti, con le norme sulla comunione.<sup>39</sup>

### **7.2. Ipoteca a carico di contitolari.**

Il perimento totale di un terreno comporta, secondo i principi generali, l'estinzione del diritto dei contitolari, mentre a quello di un edificio consegue, in genere, la permanenza del diritto di proprietà o di altro diritto reale<sup>40</sup> sul suolo d'incidenza della costruzione, nelle proporzioni di cui era titolare ciascun comunista. La sorte delle ipoteche iscritte da uno o da tutti i contitolari sul bene comune hanno in generale la stessa sorte: si estinguono con il perimento totale del bene terreno, permangono sulla quota del diritto sul suolo di risulta dell'edificio distrutto di titolarità del debitore ipotecario. Nel caso di ricostruzione dell'edificio il diritto reale di cui è titolare il debitore e quindi l'ipoteca si estendono automaticamente, secondo i principi in precedenza enunciati, a quanto ricostruito sull'area d'incidenza del fabbricato perito, nei limiti della quota del detto debitore ipotecario.<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup>Gorla, "Del Pegno – delle Ipotecche", in Commentario del Codice Civile Scialoja – Branca, Bologna, 1992, pag. 268; Tamburrino, op.cit., pag. 141 – 142.

<sup>38</sup>Le problematiche in tema di enfiteusi rivestono particolare importanza nell'ambito dell'Italia Centrale colpita dal sisma in quanto in tali territori sono molto frequenti istituti che desumono la loro disciplina da quella dell'enfiteusi (livelli, colonie miglioratarie, etc.).

<sup>39</sup>Tamburrino, *Della Tutela Dei Diritti - Le Ipotecche*, in commentario al Codice Civile, Torino 1976, pag. 193, ribadisce lo stesso concetto: "L'ipoteca di che trattano può concernere non solo la comproprietà, ma anche altri beni e diritti ipotecabili in stato di comunione, sia volontaria sia incidentale, per qualsiasi scopo costituita".

<sup>40</sup>Solleva qualche perplessità nella persistenza del diritto di uso e di abitazione Bonilini (Usufrutto Uso e Abitazione in *Nuova Giurisprudenza di Diritto Civile e Commerciale* fondata da Walter Bigiavi pagg. 1720 – 1723 e 1924 – 1927).

<sup>41</sup>L'attività di ricostruzione, che di norma caratterizza le intenzioni dei comproprietari a seguito del perimento totale dell'edificio comune, non ha una specifica disciplina e una precisa collocazione fra gli atti di amministrazione previsti dal codice civile per i beni in comunione. Tale lacuna ha avuto come conseguenza la nascita di due differenti opinioni: da un lato è stata sostenuta genericamente l'applicazione dell'art. 1108, 2° comma c.c. e quindi la sufficienza della maggioranza qualificata per deliberare la ricostruzione (apparentemente Branca, *Comunione Condominio degli Edifici*, in Commentario Scialoja – Branca, Bologna 1982, pag. 228), dall'altra è stato ritenuto necessario il consenso di tutti i partecipanti alla comunione ai sensi dell'art. 1108, 3° comma. I dissenzienti, nel primo caso, avrebbero solo la facoltà, prevista dall'art. 1104, 1° comma, di liberarsi dalle spese, rinunciando al loro diritto; nel secondo caso, avrebbero invece il diritto di opporsi alla ricostruzione. A sostegno di tale seconda opinione potrebbe proporsi in primo luogo l'estensione di quella giurisprudenza che, esprimendosi in tema di perimento dell'edificio in condominio - stante l'identità del diritto finale di comproprietà del terreno che nasce a seguito del perimento - ha affermato il principio secondo cui per la ricostruzione, totale o per una parte superiore ai tre quarti del suo valore, è necessario il consenso di tutti i comproprietari. Il secondo, derivabile dall'applicazione anche alla delibera di ricostruzione, delle considerazioni svolte di recente dalla Cassazione

Diverse sono le conseguenze a seconda che l'ipoteca sia riferibile a tutti i contitolari del diritto reale ipotecabile oppure ad uno solo di essi.

### 7.2.1. Ipoteca a carico di tutti i comproprietari.

Se l'ipoteca è concessa contemporaneamente da tutti i comproprietari per un debito comune (o di uno di essi) il vincolo si considera unitario sull'intero bene se lo stato di comunione sorge successivamente all'iscrizione ipotecaria (es. per successione ereditaria). Se, invece lo stato di comunione è precedente alla concessione della garanzia, con l'iscrizione sorgono in genere tante ipoteche quante sono i comproprietari che hanno concesso la garanzia.<sup>42</sup>

### 7.2.2. Ipoteca concessa da un comproprietario.

L'ipoteca concessa dal singolo comproprietario può avere ad oggetto a) la quota astratta del patrimonio comune<sup>43</sup> oppure b) uno o più beni comuni.

a) ipoteca sulla quota astratta.

Nel primo caso l'ipoteca sorge immediatamente con l'iscrizione e l'azione esecutiva può essere esercitata sia prima della divisione con la vendita forzata della quota<sup>44</sup> sia dopo la divisione<sup>45</sup>: in tale ultimo caso ai sensi dell'art. 2825 1° comma c.c. che dispone che *"l'ipoteca costituita sulla propria quota da uno dei partecipanti alla comunione produce effetto rispetto a quei beni o a quella porzione di beni che a lui verranno assegnati nella divisione"* l'ipoteca si considera gravante sin dall'origine sui beni o porzioni di essi assegnati al debitore ipotecario. Conseguenza di ciò è che tutti i vincoli ed i pesi costituiti a carico di altri comproprietari sui beni assegnati al debitore ipotecario, salvo le ipoteche iscritte contro tutti i partecipanti e l'ipoteca legale spettante ai condividenti per i conguagli, si estinguono così come si estinguono gli eventuali pesi e vincoli riguardanti il debitore ipotecario posti a carico degli altri beni ed ad esso non assegnati. Opportune precisazioni introduce la dottrina nel caso in cui la quota di fatto non corrisponda alla quota di diritto:

- nell'ipotesi in cui il valore del bene assegnato sia superiore al valore della quota di cui esso è titolare e quindi sorga un conguaglio a favore degli altri condividenti, nei confronti dell'ipoteca sul bene assegnato prevarrà, ai sensi degli artt. 2817 e 2650 comma 3 del c.c., l'ipoteca legale iscritta a favore degli altri condividenti;

- nel caso in cui il valore del bene in natura assegnato sia inferiore al valore della quota di diritto e quindi sia previsto un conguaglio a favore del debitore ipotecario oppure allo stesso non vengono attribuiti beni in natura ipotecabili ma una somma di denaro, i creditori ipotecari ai sensi dell'art.

---

(ordinanza 13/4/2016 n. 7201) in tema di transazione. Anche con la delibera di ricostruzione, come quella con la quale concludono una transazione, i condomini dispongono del loro diritto trasformandone l'oggetto.

<sup>42</sup>Rubino, op. cit., pag., 145 precisa gli effetti a seconda che l'obbligazione garantita sia solidale o sia parziaria.

<sup>43</sup>Rubino, op. cit., pag. 147 precisa che in tale ipotesi l'ipoteca viene iscritta sulla cosa materiale nei limiti del diritto del singolo titolare (conforme Tamburrino, op.cit., pag. 196). Contra: Cicu, La divisione creditoria, Milano, 1948 pag. 18 e ss. e pag. 125 e ss., nonché L. Ferri, La trascrizione degli acquisti mortis causa e problemi connessi, Milano, 1951, pag. 89-90, riportati in Boero, op.cit., pag. 201.

<sup>44</sup>Rubino, op.cit., 147; Tamburrino, op.cit.,196; Chianale, L'ipoteca, in Trattato di Diritto Civile diretto da Rodolfo Sacco, Torino 2010, pag. 183.

<sup>45</sup>In merito alla discussione sulla natura della divisione vedi da ultimo Cass.Civ. S.S.UU., 7/10/2019 n. 25021 favorevole alla natura costitutiva.

2825 commi 4 e 5 c.c., potranno far valere le loro ragioni su dette somme con prelazione sugli altri creditori nei limiti del valore dei beni in precedenza ipotecati;<sup>46</sup>

- nel caso di accrescimento della quota di uno dei comproprietari a favore di un altro comproprietario, successivamente, al momento dello scioglimento - anche per cause indirette - della comunione<sup>47</sup>, gli effetti dell'ipoteca si estendono agli accrescimenti delle quote per il principio dell'elasticità del dominio.<sup>48</sup>

b) ipoteca su uno o più beni comuni.

Oltre che sulla quota astratta il debitore ipotecario può decidere di iscrivere l'ipoteca su uno o più beni fra quelli in comunione o su una quota di uno di essi. L'ipotesi è, nel suo aspetto patologico, specificatamente disciplinata dall'art. 2825 comma 2 c.c. il quale dispone che nel caso in cui a seguito della divisione venga assegnato un bene diverso da quello ipotecato - che se invece viene assegnato al debitore ipotecario rimane gravato dall'ipoteca dello stesso costituita - l'ipoteca si trasferisce sul bene assegnato con il grado dell'originaria iscrizione e nei limiti di valore del bene in precedenza ipotecato. Tale surrogazione reale (cd. surrogazione propria) si perfeziona a condizione che vengano rispettate le modalità pubblicitarie previste dalla norma ed in particolare che l'ipoteca sia reiscritta entro novanta giorni dalla trascrizione della divisione con l'indicazione del valore del bene indicato nella originaria iscrizione ipotecaria.<sup>49</sup>

Per il caso in cui al debitore non vengano assegnati beni in natura oppure gli vengano assegnati beni in natura, diversi dal denaro e non ipotecabili, la dottrina non sembra individuare rimedi specifici se non la possibilità di intervenire nella divisione ai sensi dell'art. 1113 c.c.<sup>50</sup>

Tale norma peraltro non è priva di incisivo valore in quanto consente al creditore di utilizzare strumenti adeguati a rendere inefficaci nei suoi confronti lo scioglimento della comunione o anche il semplice tentativo.

Il creditore iscritto, come quello titolare della garanzia ipotecaria, deve infatti essere chiamato ad intervenire alla divisione affinché questa possa essere efficace nei suoi confronti. Se il creditore viene chiamato, ma decide di non intervenire, lo scioglimento della comunione diventa pienamente efficace nei suoi confronti, lasciandogli come rimedio l'azione revocatoria<sup>51</sup> che sarà esperibile solo alle condizioni previste dall'art. 2901: consilium fraudis e danno. Con il vittorioso

---

<sup>46</sup>La dottrina parla in questa ipotesi di trasformazione dell'ipoteca in pegno (Boero, op.cit., pag. 223).

<sup>47</sup>Trib.Bari 27/3/1962, in Giur.it. 1962, I, 2, 548.

<sup>48</sup>Sul punto Rubino op.cit. pag. 148 nota 168 "l'ipoteca viene automaticamente ad abbracciare l'intera proprietà, ormai solitaria, se è invece il debitore che acquista a qualsiasi titolo la quota dell'altro condomino (o quest'ultimo diviene erede del primo)" - Contra Bonis - Ipoteca su beni indivisi - Estensione agli accrescimenti della quota in Riv.dir. Ipot. 1968, 98 citata in Boero, op. cit., pag. 223; Chianale, op. cit., pag. 182.

<sup>49</sup>Problemi si manifestano allorché l'iscrizione avvenga dopo i 90 gg. - Rubino op.cit. pag. 154 "Se eseguita dopo i novanta giorni l'iscrizione può dar luogo ad una nuova ipoteca con relativo nuovo grado".

<sup>50</sup>Boero, op.cit., pagg. 223.

<sup>51</sup>Branca, *Comunione - Condominio degli Edifici*, in Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Branca, 1982 pag. 313, il quale espressamente afferma l'applicabilità al caso di specie della normativa in tema di azione revocatoria in quanto "il creditore è sempre terzo e non parte e l'art. 2901 c.c. richiede semplicemente la c.d. frode e pregiudizio. L'autore precisa che la divisione, dichiarativa o non, è sempre un atto a titolo oneroso e quindi richiede la scienza del pregiudizio del terzo dividente. Nel caso in cui questa scienza non ci fosse, la divisione non sarebbe revocabile, mentre se ci fosse solo per alcuni dei dividendi sarebbe revocata, se possibile, solo parzialmente, salvo sempre il risarcimento del danno.

esperimento dell'azione il creditore ipotecario recupera in realtà la situazione pregiudicata dal suo mancato intervento.<sup>52</sup>

Secondo la dottrina che si è occupata dell'argomento<sup>53</sup> la chiamata ad intervenire indirizzata al creditore deve peraltro essere esplicita, non essendo sufficiente una semplice notizia o una mera conoscenza recepita aliunde dal creditore ipotecario, deve essere indirizzata in modo tale da rendergli possibile l'intervento, non essendo sufficiente una chiamata formalmente corretta, ma sostanzialmente inadeguata.<sup>54</sup>

### **7.3. Ipoteca e perimento di edificio condominiale.**

#### **7.3.1. Generalità.**

Specifica regolamentazione è stata predisposta dal nostro legislatore per il perimento di un edificio in condominio, istituto in cui convivono in capo allo stesso soggetto un diritto esclusivo ed un diritto in comunione. Per una più compiuta analisi del fenomeno è necessario innanzitutto ricordare che con la riforma del settore entrata in vigore il 17 giugno 2013, il legislatore ha precisato l'ambito di operatività della normativa, estendendo le regole condominiali a fattispecie fino a quel momento discusse o escluse dall'applicazione della disciplina codicistica. In particolare l'art. 1117 bis c.c. specifica che le "disposizioni del presente capo (...) si applicano in quanto compatibili, in tutti i casi in cui più unità immobiliari o più edifici ovvero più condomini di unità immobiliari od edifici abbiano parti comuni ai sensi dell'articolo 1117". Tale disposizione ha permesso di ricomprendere nell'ambito della disciplina generale del condominio quelle figure particolari quali il supercondominio, il condominio orizzontale o il condominio minimo che, fino a quel momento, per l'assenza di un esplicito riferimento normativo, erano state oggetto soprattutto di considerazioni dottrinali.<sup>55</sup>

Le regole che verranno considerate ed in particolare l'art. 1128 c.c. avranno pertanto la necessità di essere adeguate alle singole situazioni, in base alle realtà di fatto che le caratterizzano, non potendosi che plasmare la disciplina alle esigenze del caso concreto.

In realtà, per quanto riguarda l'argomento in commento, l'applicazione della disciplina contenuta nell'art. 1128 c.c. sembra limitata nel caso di edificazioni c.d. orizzontali in quanto la disposizione è stata concepita in un periodo storico in cui l'edificazione procedeva essenzialmente per corpi verticali e la novella del 2012 non ha apportato modifiche al sistema normativo dettato in tema di perimento.

Saggiando l'applicabilità delle singole norme ai casi in cui il condominio non risulta strutturato verticalmente bensì orizzontalmente (es. le c.d. case a schiera o, in senso lato, il c.d. supercondominio), si possono peraltro introdurre alcune domande e considerazioni.

Innanzitutto, stante l'assenza di un suolo comune unico per le proprietà esclusive e per le parti comuni, è possibile applicare l'art. 1128 c.c. nel caso in cui periscano sia gli immobili di proprietà esclusiva sia quelli comuni? L'interrogativo in particolare è se possa ritenersi applicabile:

---

<sup>52</sup>A seconda della natura dichiarativa o costitutiva dell'atto di divisione, oltre l'azione revocatoria, potrebbe ipotizzarsi l'esperibilità dell'azione prevista dall'art. 2929 bis c.c., nel caso in cui la quota di fatto non corrisponda, per difetto, alla quota di diritto e non sia previsto alcun conguaglio.

<sup>53</sup>Branca, op.cit., pag. 308.

<sup>54</sup>Branca, op.cit., pag. 308, che riporta l'esempio della chiamata fatta all'ultimo istante.

<sup>55</sup>Salva per certi aspetti la norma contenuta nell'art. 61 delle disposizioni di attuazione del codice civile.

- la norma che prevede il diritto potestativo di vendere all'asta il suolo ed i materiali;
- la norma che prevede che l'assemblea nel caso di perimento di una parte minore dei tre quarti del valore dell'edificio deliberi circa la ricostruzione delle parti comuni;
- la norma che prevede l'obbligo del condomino, che non voglia partecipare alla ricostruzione, di cedere agli altri condomini i suoi diritti anche sulle parti di sua esclusiva proprietà.

In aderenza con la dottrina<sup>56</sup> che non ricomprende fra le norme applicabili a tali diverse strutture condominiali l'art. 1128 c.c., rifacendosi alla ratio delle singole norme e comparando la fattispecie con quelle decise dalla giurisprudenza sotto la disciplina previgente alla riforma, può ritenersi che tutte le predette norme ed in particolare quella che prevede il diritto potestativo di vendere all'asta il suolo ed i materiali, non possano applicarsi in quanto le previsioni in esse contenute hanno sempre come presupposto il perimento dell'intero edificio e quindi il venir meno della costruzione di cui sono parte sia le proprietà esclusive sia quelle comuni. In particolare l'oggetto della vendita all'asta di cui al 1° comma dell'art. 1128 c.c. è un terreno in comproprietà secondo i diritti millesimali di cui erano titolari i singoli condomini, mentre nel caso sopra ipotizzato, il terreno è in parte di proprietà esclusiva ed in parte in comproprietà. La facoltà di richiedere la vendita pertanto non potrebbe esercitarsi riguardo al suolo di risulta dell'edificio perito di cui sono porzioni le parti comuni, area che potrà essere alienata o divisa in base alle norme dettate in tema di comunione (art. 1104 c.c. e ss).

Alla luce di tale opportuna premessa e precisazione, per l'analisi del fenomeno generale del perimento di edificio condominiale, occorre prendere le mosse dall'art. 1128 c.c. che prevede tre differenti ipotesi di perimento dell'edificio condominiale: a) il perimento totale b) il perimento che rappresenti i tre quarti del valore dell'edificio c) il perimento di una parte minore di tre quarti.<sup>57</sup>

### 7.3.2. Il perimento totale dell'edificio.

Il primo comma dell'art. 1128 c.c., nel disciplinare le prime due ipotesi dispone che nel caso di perimento totale dell'edificio o di una parte di esso, corrispondente ai tre quarti del valore, ciascun condomino ha il potere di richiedere la vendita all'asta del suolo e dei materiali, salvo che sia stato diversamente convenuto.<sup>58</sup>

Assegnando al condomino il diritto potestativo di vendere il suolo ed i materiali all'asta, il legislatore non solo ha riaffermato il principio in precedenza delineato, secondo il quale con il

<sup>56</sup>G. Terzago, *Il Condominio*, a cura di Celeste - Salciarini - P. Terzago, Milano, 2015, p. 926.

<sup>57</sup> Le ipotesi ricalcano quelle individuate nella parte generale, del perimento con trasformazione e del perimento parziale.

<sup>58</sup> Come già accennato in precedenza (vedi nota 11) tale diritto potestativo secondo l'opinione consolidata nasce solo nel caso in cui il perimento derivi da cause accidentali non dipendenti dalla volontà dei condomini [Branca, op.cit., pag. 536 e Cass. 6/6/1974 n. 1663 in *Foro.It.*, I 950; Cass. 17/4/1973 n. 1095 - Contra Cavallaro: Il condominio degli edifici, in "Il Codice Civile Commentativo Giuffrè - 2009 pagg. 302-303 secondo la quale la lettera della legge, che si riferisce all'evento già compiuto e non alla causa che l'ha prodotto, fa propendere per un'applicazione estensiva dell'art. 1128 c.c. a tutti i casi di perimento; nonché Pierantonio Lisi in Commentario del Codice Civile diretto da Enrico Gabrielli pag. 319 (UTET 2013)]. A tal proposito è peraltro opportuno precisare che al disintegrarsi dell'edificio per un evento accidentale (come il terremoto), viene equiparata dalla giurisprudenza la distruzione dell'edificio per volontà dei condomini fondata sulla necessità di anticipare crolli dannosi di una costruzione pericolante. Tale ipotesi potrebbe ad esempio individuarsi nei casi in cui vengono emesse ordinanze sindacali di demolizione di edifici vetusti (CASS. 28/6/1980 n. 4102; CASS. 6 giugno 1974 n. 1663 FI 1975 I 950; CASS 28/6/1980 n. 4102; APP. NAPOLI 13/12/1976) o pericolanti a seguito di eventi sismici. Di particolare importanza per il tema che si sta svolgendo è l'ipotesi del difetto di costruzione o di progettazione e successivo crollo a seguito del sisma. Seguendo la dottrina prevalente in caso di perimento ad opera di terzi sarebbe inapplicabile l'art. 1128 c.c. dovendo l'ipotesi essere disciplinata dalle norme in tema di fatto illecito. Branca (op.cit., pag 536) ritiene che non si possa imporre l'alienazione del suolo e dei materiali in quanto la maggioranza qualificata dell'assemblea potrebbe richiedere al responsabile del crollo la reintegrazione in forma specifica dell'edificio.

perimento dell'edificio il diritto si consolida su quanto residuo dalla distruzione, ma altresì ha considerato come venuto meno il condominio – almeno per la parte dell'edificio perito - e quindi la relazione intercorrente tra proprietà esclusiva e proprietà comune che caratterizza il diritto di ciascun condomino.<sup>59</sup>

Il principio si fonda sulla constatazione peraltro in parte negata da alcuni autori<sup>60</sup> che con tale considerevole perimento (totale, uguale o superiore ai tre quarti) viene meno l'oggetto del condominio e quindi il detto rapporto di servizio tra le parti comuni e le porzioni di proprietà esclusiva.

Nella considerazione della esistenza del rapporto di contitolarità del diritto reale sul terreno d'incidenza dell'edificio perito, il legislatore ha messo a disposizione del comunista un agevole strumento di uscita dallo stato di indivisione attribuendogli un diritto più incisivo e della stessa natura divisionale<sup>61</sup> di quello che allo stesso è assegnato dall'art. 720 c.c. per lo scioglimento della comunione in caso di beni non comodamente divisibili.<sup>62</sup> Nella valutazione generale dell'istituto e delle pronunce giurisprudenziali in merito sembra opportuno ricordare la precisazione effettuata al riguardo da autorevole dottrina secondo la quale il potere di vendita all'asta di cui al 1° comma è rinunciabile<sup>63</sup> e spetta ai singoli condomini soltanto rispetto al suolo ove non vi sia più un edificio.<sup>64</sup>

### **7.3.3. Il perimento che rappresenti almeno tre quarti del valore dell'edificio.**

Tale ipotesi viene equiparata a quella del perimento totale dal legislatore il quale detta per entrambe la medesima disciplina.<sup>65</sup> L'equiparazione non esclude peraltro che le due fattispecie possano dare luogo a situazioni di fatto più articolate, bisognose di una disciplina differenziata e più analitica di quella generale prevista dalla norma contenuta nell'art. 1128 1° comma. Nell'analisi delle singole ipotesi pratiche, la dottrina, constatate le reali differenze, ha fatto in modo di evitare

---

<sup>59</sup>A tal proposito la giurisprudenza [Cassazione civile - Sezione II 16 marzo 2011 n. 6198 e 20 maggio 2008 n. 12775], ha espressamente affermato che "nell'ipotesi di perimento di un edificio in condominio, quest'ultimo viene meno e permane soltanto la comunione sul suolo". Contra Peretti – Griva in Riv.dir.Comm. 1959, I, 159 nonché in parte Cass. 5 marzo 1979 n. 1375 che ha affermato che la situazione giuridica degli ex condomini nei rapporti tra loro e con riguardo al suolo condominiale ed i materiali di risulta è condizionata dal preesistente diritto di proprietà condominiale suscettibile di reviviscenza ove l'edificio venga ricostruito.

<sup>60</sup>Vedi nota precedente.

<sup>61</sup>Calbi, Modalità di attuazione della vendita all'asta di cui all'art. 1128 primo comma cod.civ., in Giust.Civ. 1976, I, 1206, parla di "scioglimento forzoso della comunione dei beni" con applicazione degli artt. 784 e ss cod.proc.civ.

<sup>62</sup>Che il diritto in questione sia anch'esso diretto al rapido scioglimento della comunione senza passare attraverso il normale procedimento della divisione giudiziale è infatti indirettamente sostenuto anche dalla Suprema Corte la quale ha ritenuto che solo in caso di mancata ricostruzione dell'immobile (perchè ad es. non consentita dalla disciplina urbanistica) e di mancata vendita all'asta del suolo e dei materiali (non richiesta da nessuno dei comproprietari) può porsi fine alla comunione pro indiviso tra gli ex condomini sull'area di risulta dell'edificio perito, con lo scioglimento della comunione stessa, applicando in caso di indivisibilità del suolo, le norme contenute negli artt. 1116 e 720 c.c. (cass. 19/1/1994 n. 446).

<sup>63</sup>Il diritto potestativo di vendere il bene all'asta di titolarità del condominio è rinunciabile ai sensi dall'art. 1128 1° comma c.c., ultimo inciso, ove si dispone che può essere "diversamente convenuto". In merito alle modalità con cui si può disporre di tale diritto in dottrina si indicano, quali occasioni di deroga, il regolamento di condominio approvato all'unanimità (Branca, op.cit., pag. 538, Salis Il Condominio, Torino 1959) oppure non approvato all'unanimità, ma vincolate per coloro che l'hanno approvato (Peretti – Griva "Il Condominio delle cose divise in parte", Torino, 1960) oppure un contratto, come quello di mutuo nel quale il mutuatario - datore di ipoteca, rinuncia preventivamente al diritto potestativo di chiedere la vendita all'asta del terreno in caso di perimento dell'edificio.

<sup>64</sup>Branca, op.cit., pag. 538.

<sup>65</sup>Il criterio di determinazione del valore dell'edificio perito non è da tutti condiviso. Alcuni (V. Rizzi. Il condominio, pag. 436) ritengono che dal computo debba essere escluso il valore del terreno; secondo altri (Peretti Griva, op.cit., pag. 353) sarebbe necessario comparare il valore dell'edificio prima e dopo il perimento; secondo altri ancora (Branca, op.cit., pag. 541) dovrebbe utilizzarsi come parametro il prezzo di vendita.

un'applicazione letterale della norma individuando le modalità di adeguamento dei principi generali ai casi concreti. In particolare sono state enucleate le seguenti questioni per il perimento dell'edificio con sopravvivenza di una parte di esso dotata di autonomia ed idonea ad essere utilizzata.

a) perimento parziale e permanenza o meno del condominio sulla parte restante.

Secondo la dottrina più autorevole il condominio permane sulla parte dell'edificio non perito a condizione che permangano gli elementi essenziali per la sua esistenza ossia alcune delle proprietà esclusive ed alcune parti comuni, sulle quali ultime avranno diritto anche i condomini che hanno perso la loro proprietà esclusiva.<sup>66</sup>

b) la seconda questione riguarda la possibilità o meno di chiedere la vendita all'asta, oltre che dell'area e dei materiali, anche della parte residua ove insiste la parte dell'edificio non crollato.

Secondo una parte della dottrina i condomini proprietari delle unità superstiti non potrebbero impedire la vendita all'asta anche delle porzioni residue di cui sono titolari in quanto altrimenti "si smonterebbe il concetto unitario di condominio"<sup>67</sup> e sarebbero violati i principi sulla proprietà e sul condominio.<sup>68</sup> A tale opinione si oppone che<sup>69</sup> non solo sarebbe contraddittoria la vendita all'asta di una bene utilizzabile, ma ci sarebbe una violazione del dettato nominativo che espressamente parla di vendita del suolo e dei materiali e non anche di quanto residua dell'edificio oggetto di crollo.

#### **7.3.4. Il perimento che rappresenti meno dei tre quarti del valore dell'edificio.**

La terza ipotesi prevista dell'art. 1128 c.c. è quella contenuta nel secondo comma il quale dispone che *"nel caso di perimento di una parte minore dei tre quarti del valore dell'edificio, l'assemblea dei condomini delibera circa la ricostruzione<sup>70</sup> delle parti comuni dell'edificio e ciascuno è tenuto a concorrere in proporzione dei suoi diritti sulle parti stesse"*. A sostegno dell'interesse di ricostruire l'edificio il legislatore inserisce una norma al 4° comma dell'art. 1128 c.c. in base alla quale si individua un meccanismo coercitivo a carico dei condomini, i quali, nel caso in cui non intendano sostenere le spese di loro competenza per il ripristino delle parti comuni dell'edificio, sono obbligati a cedere agli altri condomini il loro diritto, anche sulle parti di proprietà esclusiva, secondo una stima che sarà fatta, salvo che non preferiscano cedere i loro diritti spettanti ad alcuni soltanto dei condomini.<sup>71</sup> La deliberata ricostruzione, nonostante riguardi esclusivamente le parti

---

<sup>66</sup>Branca, op.cit., pag. 537, che afferma che ridotto l'immobile a un quarto del suo valore, il rapporto come si presentava originariamente, il condominio di tutti i proprietari dell'antico edificio non c'è più e quindi nessuno di costoro è tenuto a ricostruirlo. Ciò non toglie però che, per effetto del crollo, al vecchio rapporto ne succeda uno più angusto, alla comproprietà di tante persone una comproprietà più stretta (...) in questi casi, delle parti comuni dello stabile non crollato continuano ad essere titolari nella stessa misura di prima anche i proprietari dei piani che sono crollati; che essi non sono obbligati tuttavia a ricostruire il resto dello stabile.

<sup>67</sup>U.Guidi, *Condominio*, p. 109.

<sup>68</sup>. Rizzi, *Il Condominio*, pag. 438.

<sup>69</sup>Salis, *Condominio*, cit., pag. 385; Branca, cit., pag. 538.

<sup>70</sup> Discusso se l'assemblea debba deliberare la ricostruzione oppure possa decidere di non assumere alcuna decisione al riguardo, rinviando nel tempo l'assunzione di decisioni o indirizzi. Al di fuori di una non recente decisione della Suprema Corte (Cass. 2/8/1968 n. 2767) l'opinione prevalente sembra quella di non ritenere deducibile dalla lettura della norma un chiaro obbligo a carico dell'assemblea al riguardo. A sostegno della tesi, oltre il termine letterale dell'art. 1128 comma 2 c.c. che parla di delibera "circa" la ricostruzione e non "di"ricostruzione (Branca op.cit. pag. 543; M. Cavallaro op.cit. pag. 310 e s.s.), si ribadisce che lo stabilire una maggioranza qualificata per la ricostruzione equivale ad affermare implicitamente la possibilità che tale maggioranza non sia raggiunta e che quindi non sia decisa alcuna ricostruzione (Terzago, op.cit. pag. 1007).

<sup>71</sup>In dottrina, M.Cavallaro, op.cit., pag. 314, secondo la quale "la cessione di cui all'art. 1128, 4° comma c.c. presenta le caratteristiche di un contratto (...) la cui mancata conclusione è un grado di attivare lo strumento di tutela previsto dall'art. 2932 c.c. In Giurisprudenza Trib. Verbania 27/4/2001 n. 95.

comuni<sup>72</sup> costringe il condomino a scegliere fra il pagamento e la alienazione di tutti i suoi diritti sull'edificio. Ciò non significa anche che tutti gli altri condomini vantino un diritto di prelazione nei confronti del dissenziente.<sup>73</sup> Il fatto che la norma stabilisca che, oltre agli altri condomini, il condominio possa cedere i suoi diritti anche ad alcuni soltanto di essi, rafforza la convinzione avanzata in dottrina, che nulla osta a che la vendita sia possibile anche a favore di terzi estranei. Conseguenza sarà che nel caso in cui la cessione avvenga prima della delibera di ricostruzione, il terzo acquirente si troverà nella stessa posizione del condomino cedente e quindi l'acquirente sarà obbligato alle spese della ricostruzione successivamente deliberata in proporzione ai diritti millesimali acquistati, con esclusione da ogni responsabilità del cedente in merito alla ricostruzione. Nel caso in cui la cessione avvenga invece successivamente alla delibera di ricostruzione l'ex condomino sarà tenuto a contribuire alle spese di ricostruzione in solido con il cessionario, ai sensi dell'art. 1104 terzo comma c.c. (il cessionario del partecipante è tenuto in solido con il cedente a pagare i contributi da questo dovuti e non versati).

### **7.3.5. Applicazione del 4° comma all'ipotesi di perimento totale.**

Discussa è l'applicazione del 4° comma dell'art. 1128 c.c., oltre che all'ipotesi prevista dal 2° comma del perimento parziale, anche a quelle previste dal 1° comma del perimento totale e per un valore almeno pari ai tre quarti dell'edificio. Se infatti la dottrina e parte della giurisprudenza di merito ritiene applicabile il 4° comma dell'art. 1128 c.c. alla sola ipotesi del perimento parziale, la Corte di Cassazione con una sentenza alquanto recente,<sup>74</sup> ha espressamente affermato che “poichè il quarto comma dell'art. 1128 c.c. non distingue tra ipotesi di perimento parziale o totale dell'edificio”, si può far luogo alla cessione coattiva in ogni caso di perimento dell'edificio. Secondo tale pronuncia la mancata manifestazione di volontà del condomino di opporsi e quindi di non partecipare alla ricostruzione dell'edificio ed a sopportare le relative spese deliberate dagli altri condomini e la sua inerzia nel chiedere la vendita all'asta del terreno, avrebbe come conseguenza che lo stesso sarebbe obbligato a cedere i suoi diritti di comproprietà sul terreno agli altri comproprietari. A tal proposito è importante ricordare che l'obbligo del comproprietario di trasferire agli altri comproprietari i suoi diritti presuppone, secondo la Cassazione<sup>75</sup> che la ricostruzione sia materialmente e giuridicamente possibile e che il relativo progetto non comporti difformità o varianti rispetto alle precedenti strutture edilizie, che possano in concreto portare un pregiudizio al diritto di proprietà esclusiva condominiale dal comproprietario.<sup>76</sup> Tale interpretazione, al fine di un adeguamento complessivo della fattispecie delineata dal sistema, ha la necessità di essere accompagnata dalla ulteriore precisazione, che, solo nel caso in cui nessun condomino fra quelli contrari alla ricostruzione eserciti il diritto potestativo di richiedere la vendita all'asta del suolo e dei materiali, gli altri possono decidere di ricostruire le parti comuni e richiedere la alienazione coattiva dei diritti del condomino dissenziente e ciò, probabilmente, per un “favor restitutionis” presente nell'ordinamento (1018, 1019 e 1128 4° comma). Se così non fosse la

---

<sup>72</sup>È principio consolidato in giurisprudenza che la delibera possa riguardare solo le parti comuni dell'edificio e non anche quelle di proprietà esclusiva (Cass. 3/10/1955 n. 3102; CASS 23/10/1978 n. 4777).

<sup>73</sup>M. Cavallaro, op.cit. Pag. 313, nota 27 “sostiene che la tesi che ha proposto l'inquadramento della figura nella prelazione legale” suscita non poche perplessità posto che non sembra sussistano gli estremi per configurare una prelazione”.

<sup>74</sup>Cass. 30/10/2006 n. 23333.

<sup>75</sup>Sez. II 17 luglio 2007 n. 15928.

<sup>76</sup>Quanto affermato dalla Suprema Corte apre lo spazio all'approfondimento del tema, peraltro non oggetto del presente studio, della sorte dell'ipoteca iscritta su immobile abusivo perito a seguito di eventi sismici.

soluzione dogmatica proposta sarebbe contraria al principio secondo il quale per la ricostruzione dell'immobile perito totalmente sarebbe necessario il consenso di tutti i condomini.<sup>77</sup>

### 7.3.6. L'ipoteca e le singole ipotesi di perimento.

a) nel caso di perimento totale.

Occorre a tal proposito evidenziare che sia in giurisprudenza sia in dottrina sono stati sollevati dubbi sulla permanenza in vita dell'ipoteca in base alla specifica lettura dell'art. 2878 c.c. ove al n. 4 dispone che "l'ipoteca si estingue con perimento del bene ipotecato, salvo quanto stabilito dall'art. 2742 c.c."

In tal senso si è espressa anche una corte di merito<sup>78</sup> che ha affermato espressamente che "il perimento del bene ipotecato determina l'estinzione dell'ipoteca (art. 2878 n. 4 c.c.) (...)". Dall'estinzione dell'ipoteca conseguente al perimento del bene, precisa la corte, deriva conseguentemente l'illegittimità del pignoramento che, avendo attinto una cosa priva della qualità di bene in senso giuridico è comunque inefficace.

Tale principio era stato già sostenuto da una parte della dottrina che commentando una sentenza della Corte di Appello di Napoli affermava che "similmente a quanto sancito dall'art. 1014 n. 3: << l'usufrutto si estingue per il totale perimento della cosa su cui è costituito >>, l'art. 2878 n. 4, annovera, tra le cause di estinzione dell'ipoteca, "il perimento del bene ipotecato". La normativa speciale, tuttavia, nulla dice, ai fini della persistenza della garanzia, nella ipotesi di distruzione del bene gravato e successiva riedificazione in sito, facendo, chiaramente, emergere che non vi è equiparazione tra demolizione seguita da ricostruzione ed estinzione per perimento. Altrimenti, bisognerebbe opinare, con ingiustificabile ed illogica forzatura, che, quanto i fabbricati sono ricostruiti o acquistati in altro sito, la garanzia reale permane, mentre, nel caso di ricostruzione in sito, l'ipoteca si estingue."<sup>79</sup>

Da come ricostruito in precedenza l'operare dell'iscrizione ipotecaria e dell'incorporazione dell'edificio nel suolo, sembra al contrario potersi sostenere che la garanzia reale costituita sull'immobile di proprietà esclusiva si trasforma, con il perimento, da ipoteca su bene specificamente individuato e di titolarità esclusiva, ad ipoteca sulla quota del terreno, corrispondente al valore millesimale del bene perito oggetto della garanzia.

La situazione finale, salva la eventuale ricostruzione, è analoga a quella prevista dall'art. 2825 c.c. 1° comma<sup>80</sup> ed in particolare quella ove oggetto dell'iscrizione ipotecaria è il singolo bene nei limiti della quota.<sup>81</sup> Nel nostro caso l'iscrizione ipotecaria originaria è effettuata sull'appartamento di proprietà esclusiva, il cui perimento fa sì che l'ipoteca si concentri sulla quota di comproprietà del

---

<sup>77</sup> L'attribuzione al singolo condomino del diritto di cui all'art. 1128 comma 1° c.c. di vendere all'asta il suolo ed i materiali ha come conseguenza che per la ricostruzione dell'edificio è necessario il consenso della totalità dei partecipanti (Cass. 28/3/1958 n. 1075 App. Catania 19 marzo 1955). Tale indirizzo risulta confermato dalla sentenza della Cassazione del 5/6/1987 n. 4900 che nel ribadire il principio, afferma che "venuto meno il presupposto del condominio, l'assemblea degli ex condomini, in quanto tali, non può deliberare la ricostruzione dell'immobile vincolando i dissenzienti a contribuire alle relative spese, sicché una delibera in tal senso ha il valore di un atto negoziale vincolante nei soli riguardi di coloro che l'hanno posta in essere" (in dottrina Branca, op.cit., pag. 535).

<sup>78</sup> Trib. Bari, 13 luglio 2004, in *Giurisprudenzabarese.it*, 2004

<sup>79</sup> G. Covuccia e A. Manna, *Alterne fortune dell'usufrutto su un edificio ricostruito ex novo con le provvidenze in favore delle popolazioni colpite dal sisma del 23 novembre 1980 e brevi cenni sull'impugnazione incidentale tardiva*, in *Giur. Mer.*, 1995, p. 910.

<sup>80</sup> Art. 2825 primo comma c.c. "L'ipoteca costituita sulla propria quota da ogni partecipante alla comunione produce effetto rispetto a quei beni o a quella porzione di beni che a lui verranno assegnati nella divisione".

<sup>81</sup> L'altra è quella dell'ipoteca su uno o più beni indivisi fra quelli facenti parte della comunione (Boero, op.cit pag. 267).

terreno di titolarità del debitore ipotecario. Tale concentrazione si giustifica in quanto l'ipoteca grava fin dall'origine anche su una quota del terreno d'incidenza del fabbricato corrispondente ai millesimi attribuiti all'appartamento di proprietà esclusiva. Con il perimento di tale immobile, l'ipoteca permane su una delle parti comuni (comunione incidentale) ancora esistente ed in particolare sul suolo d'incidenza del fabbricato perito.<sup>82</sup>

b) nel caso di perimento che rappresenti almeno i tre quarti di valore.

Nel caso di perimento dell'edificio con sopravvivenza di una parte di esso dotata di autonomia (es. sopravvivenza di alcuni appartamenti facenti parte di un'ala o di un piano dell'edificio perito): a) l'ipoteca gravante su uno degli appartamenti periti si concentra sulla quota del terreno rimasto in comune come nell'ipotesi di cui al precedente paragrafo; b) l'ipoteca gravante su uno degli appartamenti non crollati continua a sussistere sul detto appartamento e sulle parti comuni ad esso relative conservando inalterata la sua condizione originaria.

c) nel caso di perimento inferiore ai tre quarti

Come nelle ipotesi previste dal paragrafo precedente relativo al perimento pari ai tre quarti del valore con sopravvivenza di alcune unità immobiliari, l'ipoteca permane sugli appartamenti residuati o solo danneggiati e si concentra sulla quota di terreno relativa a quelli totalmente periti.

#### **7.4. La ricostruzione.**

A) la ricostruzione dopo il perimento totale o di almeno tre quarti di valore.

Si è ritenuto che per la ricostruzione dell'edificio a seguito del suo perimento totale (o dell'ipotesi equiparata di perimento di almeno i tre quarti del valore dell'edificio) sia necessario il consenso unanime di tutti i comproprietari del suolo.<sup>83</sup> La ricostruzione può avvenire sia modificando la struttura del bene immobile e realizzando un'opera diversa e totalmente nuova rispetto a quella perita, sia riedificando la costruzione com'era in precedenza. Tali diverse modalità di ricostruzione incidono inevitabilmente sulla sorte del condominio e sull'attribuzione dei beni in proprietà esclusiva.

Nel primo caso, sulla scorta dell'opinione che afferma che con il perimento totale viene meno il condominio, si è detto che, con la ricostruzione dell'edificio in maniera difforme da quella precedente, il condominio non rinasce e quanto edificato costituisce invece una nuova opera

---

<sup>82</sup>In pratica l'iscrizione ipotecaria viene effettuata sul bene di proprietà esclusiva e si estende automaticamente al suolo che, dell'edificio in condominio costituisce una delle parti comuni necessarie (Chianale, op. cit., pag. 136). Tale estensione automatica si verifica sia se delle parti comuni indicate dall'art. 1117 c.c. si dia la connotazione di accessorio (Corona. Il Condominio negli edifici in Trattato dei Diritti Reali, diretto dal Gambero Morello III, Condominio negli edifici e comunione, a cura di Basile, Milano 2012, 15 ss; Rubino op.cit., pag. 157 "il vincolo nasce non per via diretta, ma di riflesso come mera espansione di quello costituito sulla cosa principale") sia nel caso in cui l'unità immobiliare sia considerata come l'insieme di parti comuni e parti individuali (In tal senso Pierantonio Lisi in Commentario del Codice Civile diretto da Enrico Gabrielli UTET 2013 pag. 155 ss; Conf. M. Cavallaro *Il Codice Civile – Commentario* Schlesinger – Giuffrè 2009 che sottolinea "come la situazione complessiva delineata dall'art. 1117 finisce, proprio in ragione della compresenza di titolarità esclusiva e titolarità comune, col dar vita ad un unico bene dotato di una sua autonomia funzionale" – pag. 68). Problema di non scarsa rilevanza è se il perimento conseguente alle scosse telluriche avesse come concausa il comportamento del terzo costruttore o progettista. Il tal caso infatti sarebbe possibile chiedere al terzo il risarcimento del danno in forma specifica e quindi ottenere dallo stesso la ricostruzione dell'edificio. Quid iuris nel conflitto fra il diritto del condomino di vendere all'asta il suolo ed i materiali con il diritto di tutti i condomini alla ricostruzione dell'immobile perito a cura del terzo? La dottrina (Branca op. cit pag. 536) ritiene che in tal caso non possa essere esercitato il diritto di vendere all'asta il suolo ed il materiale in quanto il 1° comma dell'art. 1128 c.c. si applica esclusivamente al perimento per cause accidentali Contra: Ferrante, Il Libro della proprietà con le disposizioni di attuazione e transitorie, in Commento al Codice Civile Italiano, Milano, 1951 pag., 641, nonché la dottrina citata alla precedente nota n. 58.

<sup>83</sup> Vedi precedente nota 77.

realizzata su suolo comune (...) e quindi da attribuire con accordo divisionale, secondo le quote originarie ai comproprietari del suolo, a meno che gli effetti dell'accessione<sup>84</sup> prima del loro verificarsi, non siano esclusi o modificati in conseguenza di un accordo delle parti.<sup>85</sup>

Nel secondo caso è stato sostenuto in giurisprudenza<sup>86</sup> che il condominio si ripristini automaticamente a seguito della ricostruzione dell'edificio in modo del tutto conforme a come era in precedenza, in tal modo valutando che l'immobile ricostruito sia identico e quindi non un "quid novis" rispetto a quello perito.<sup>87</sup> Contraria a tale ultimo assunto la dottrina riporta una lontana pronuncia del Tribunale di Genova del 19/1/1959 ove si afferma "che con la ricostruzione del nuovo edificio non si ricostituirebbero condominio e proprietà separate, ma una quota ideale per ciascun condominio di tutto l'edificio corrispondente ai millesimi di proprietà dell'immobile distrutto: per sciogliere tale comunione e far risorgere il condominio sarebbe necessario un atto sottoscritto da tutti i condomini".<sup>88</sup> In realtà anche di recente si è precisato che il condominio nasce solo quando i comunisti individuino gli appartamenti di proprietà esclusiva di ciascuno di essi, con un'operazione negoziale che assuma la portata di una vera e propria divisione".<sup>89</sup>

A ben vedere le opinioni giurisprudenziali in realtà non sembrano così distanti come disciplina. Le sentenze citate infatti sembrano comunque richiedere agli ex condomini un accordo che, sia nel caso di conformità al precedente stato di fatto sia nel caso di difformità, disciplini chiaramente l'attribuzione del bene ricostruito. Se d'altronde così non fosse la semplice conformità al precedente edificio, non permetterebbe di capire in base a quali principi si attui lo scioglimento della comunione originatasi sul suolo e come avverrebbe la sua trasformazione in una serie di diritti esclusivi e di diritti in comunione solo in forza di un comportamento concludente (la ricostruzione dell'edificio in modo conforme a quello dell'edificio perito) senza nessun esplicito accordo delle parti<sup>90</sup>.

La costruzione comporterebbe comunque la nascita di un bene nuovo<sup>91</sup> sul quale si estendono i diritti dei singoli comproprietari del suolo nella stessa misura e nella stessa estensione dagli stessi vantata prima della costruzione.

L'interpretazione che richiede la conclusione di un atto di divisione per l'assegnazione delle singole porzioni immobiliari in proprietà esclusiva potrebbe peraltro essere messa in discussione, per gli edifici ricostruiti in conformità a quelli periti, ricorrendo ad una ricostruzione del fenomeno che faccia uso delle considerazioni della dottrina a suo tempo svolte in tema di condominio preconstituito<sup>92</sup> e dalle sollecitazioni evolutive elaborate, al momento della riforma del condominio

---

<sup>84</sup> O per meglio dire – come precisato nella parte generale - "... a meno che gli effetti dell'incorporazione...".

<sup>85</sup> Cass. 16/3/2011 n. 6198.

<sup>86</sup> Cass. 20/5/2008 n. 12775; Cass. 16/3/2011 n. 6198; Cass. 3/10/1991 n. 10314; Cass. 23/2/1999 n. 1543.

<sup>87</sup> La giurisprudenza probabilmente in caso di ricostruzione conforme tiene conto dell'esigenza di fatto di assicurare al titolare di un appartamento avente precise caratteristiche e posto ad un determinato piano, di riottenere quello che ha perduto, come se lo stesso, oltre che al diritto di comproprietà sul terreno, avesse un connesso diritto anche a quello specifico immobile. La questione, non oggetto peraltro del presente studio, andrebbe approfondita alla luce delle riflessioni svolte in tema di preliminare di immobile da costruire ed in particolare della norma contenuta nell'art. 2645 bis 4° e 5° commi c.c..

<sup>88</sup> Così Dogliotti: Figone, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, a cura di Walter Bigiavi, Torino 2001, pag. 297, che citano come conforme la sentenza della Suprema Corte del 22 settembre 1989 n. 3933.

<sup>89</sup> Cass. 16/12/1996 n. 11201.

<sup>90</sup> Per la necessità della forma scritta ad substantiam vedi a tal proposito Cass. 23 febbraio 1999 n. 1543 in *Giur It.*, 2000, I, 1, 509.

<sup>91</sup> Conclusione riportata incidentalmente dal Branca, op.cit., pag. 539, secondo il quale l'attività di ricostruire un edificio e un condominio che più non ci sono comporta un rifacimento ex novo.

<sup>92</sup> G. Benacchio (in comunione e condominio, Collana di Studi Notarili diretta da G. Gallo – Orsi, Torino, 1976, pag. 109) sostiene che "la manifestazione negoziale diretta alla costituzione del condominio, qualunque sia la forma, imprime alla comunione del suolo quel carattere peculiare che deriva dalla destinazione datane dalle parti come "base" del futuro condominio, in osservanza al

del 2012, in tema di preliminare di immobile da costruire ex art. 2645 bis c.c., di cessione di immobile da costruire ex legge n. 122/2005 nonché di diritti edificatori ex art. 2643 n. 2 bis c.c.. A tal proposito una parte della dottrina<sup>93</sup> propone di considerare tali discipline come evocative di “una sorta di categoria che, per quanto non ancora definita, almeno in base all'attuale stadio delle indagini ricostruttive, esprime un'idea di proprietà la quale, oltre che concentrarsi sulla cosa fisicamente esistente, assume quale suo oggetto una virtualità riferibile allo spazio o al volume o alla cubatura (termini che nelle diverse accezioni si collocano su in crinale intermedio tra diritto civile e diritto urbanistico) destinata a superare la stessa idea della cosa futura.”<sup>94</sup>

Tali riflessioni appaiono particolarmente rilevanti se si confrontano le posizioni soggettive dei contraenti di un atto di precostituzione di condominio o dei promissari acquirenti di un immobile da costruire - i quali in base al progetto, hanno scelto la proprietà esclusiva di singoli appartamenti - con la posizione dei titolari delle proprietà esclusive perite che, già in precedenza, avevano scelto, non sul progetto, ma sull'edificio già realizzato, la loro proprietà esclusiva. A seguito del perimento dell'edificio i condomini si trovano nella stessa condizione degli acquirenti di un immobile da costruire o dei partecipanti alla precostituzione di un condominio che, su progetto hanno scelto la loro porzione di fabbricato non ancora realizzata ed hanno diritto sulle parti comuni in proporzione del valore dell'immobile da costruire desunto dalla redazione delle tabelle millesimali.

Sia in un caso che negli altri infatti:

- i diritti sulle parti comuni sono commisurati al valore millesimale delle singole unità immobiliari assegnate, sulla carta o nella realtà, in proprietà esclusiva;
- il valore delle dette unità immobiliari è desunto dalle tabelle millesimali c.d. di proprietà, redatte in base ad un criterio - suggerito dal legislatore e dalla prassi - che tiene conto, oltre che della superficie o della cubatura reale, anche di altri elementi come, fra gli altri, l'altezza dal suolo, l'esposizione, l'isolamento ed il riparo dai venti, la collocazione del piano, la razionalità della sistemazione interna rispetto alla destinazione, le pertinenze e gli accessori, la destinazione anche potenziale del bene;<sup>95</sup>

---

disposto dell'art. 1118 c.c. (...) E' da ritenere pertanto che la situazione possa trovare nelle norme del "condominio" la sua regolamentazione (in questo senso v., anche, Dossetti, op.cit. in *Giur.it.*, 1975, I. 1, 523). Benacchio, dopo aver precisato che “è analoga la situazione in cui si trovano i futuri condomini, dopo la conclusione dell'accordo, rispetto a quella in cui si troverebbero gli stessi ove il fabbricato fra loro condominiale perisca” (l'analogia fra le due situazioni è stata rilevata anche da Giorgianni, Distribuzione dell'area fabbricabile fra i condomini del suolo, in Riv. Giur. edil. 1960, I, 125), avvicina ulteriormente le due situazioni affermando che se “sia convenuta la ricostruzione, perchè non applicare il disposto dell'ultimo comma dell'art. 1128 c.c. all'ipotesi in cui una delle parti non possa o non voglia più partecipare alla costruzione del condominio? Una volta rilevata la particolarità della comunione precostituita ai sensi dell'art. 1118 c.c., l'analogia fra le due ipotesi è così spiccata che non pare dubbio si debba senz'altro applicare il principio enunciato”.

<sup>93</sup> Nicola Raiti, *La nuova legge del sul condominio: verso una nuova proprietà urbana*, in Profili Notarili della Riforma del condominio negli edifici, a cura di E.Marmocchi – Quaderni del Notariato.

<sup>94</sup> Nicola Raiti, op.cit., il quale sottolinea come “non può sfuggire che nella regola fissata dal quarto comma dell'art. 2645-bis (...) vi è una chiara allusione al collegamento della proprietà separata della futura porzione di fabbricato e l'esistente immobile (poco importa in quale stato fisico esso si trovi durante la formazione del preliminare) per la quota che ad esso si collega. Un nesso quindi che nel collegamento tra la quota dell'immobile esistente e la futura porzione di edificare anticipa la situazione di condominialità: un caso esemplare di precostituzione di condominio destinato a riproporsi nelle dettagliate fattispecie contrattualistiche evidenziate nel d.lgs. 122/2005”.

<sup>95</sup> Circolari del Ministero dei Lavori Pubblici n. 12480 del 26 marzo 1966 e n. 2945 del 26 marzo 1993 nonché Scorza, Il contenzioso in tema di tabelle millesimali, incontro studio del CSM, Frascati 14-16 febbraio 2000 ove l'intera unità immobiliare di proprietà esclusiva viene fotografata dall'interno dell'edificio soprattutto nella sua collocazione spaziale, attribuendo al condomino una valutazione del suo diritto esclusivo - che si ripercuote sulle parti comuni dell'edificio - in base ad elementi che conducono ad un volume ben determinato anche se l'immobile non risulta ancora costruito come nel caso del condominio precostituito, nel contratto preliminare di immobile da costruire. In tutti questi casi i titolari della proprietà esclusiva, se non è ancora realizzato l'edificio, sono

- la realizzazione dell'opera viene ad attualizzare la corrispondenza del bene con il diritto del condomino;
- l'atto di individuazione catastale permette di assegnare l'identificativo al bene realizzato e di procedere all'intestazione in ditta al contraente che ha scelto o al titolare originario del diritto sul bene.

L'unica differenza fra le ricordate figure sta nel fatto che il collegamento fra le unità di fabbricato ed i loro titolari esclusivi avviene attraverso metodiche differenti, ma equiparabili:

- a) nel condominio precostituito, i contraenti "creano una comunione sull'area per quote millesimali di entità proporzionalmente corrispondenti ai valori delle rispettive unità immobiliari determinate come oggetto di proprietà di ciascuno nell'edificio costruendo";
- b) nel preliminare avente ad oggetto le porzioni di edificio da costruire, devono essere indicate la superficie utile della porzione di edificio e la quota del diritto spettante al promissario acquirente relativa all'intero costruendo edificio espressa in millesimi;
- c) nel caso di perimento di edificio da ricostruire, i contitolari del terreno fanno riferimento al collegamento già effettuato in precedenza allorché i singoli titolari hanno acquistato in proprietà esclusiva la porzione di fabbricato, con la comproprietà delle quote condominiali secondo la tabella millesimale già esistente.

In altre parole l'accordo sul come assegnare le proprietà esclusive dell'edificio riedificato in maniera conforme a quello perito<sup>96</sup> e quindi l'atto di divisione, non sarebbe necessario al momento del completamento della ricostruzione in quanto la scelta di ciascun comunista sarebbe già stata fatta al momento dell'acquisto in proprietà esclusiva delle singole unità immobiliari: l'atto di acquisto, salvo successivo patto contrario, avrebbe per oggetto non un appartamento qualsiasi, ma quel determinato appartamento, con quella determinata estensione, collocazione spaziale, esposizione come considerato nelle tabelle millesimali. L'acquirente acquisterebbe una parte dell'edificio con l'accessione già regolata in precedenza al momento della nascita del condominio.

<sup>97</sup>

Conferma di ciò potrebbe altresì desumersi dalla fattispecie contenuta nell'art. 1128 secondo comma c.c., ove il titolare esclusivo dell'unità di fabbricato perita, corrispondente ad un valore dell'edificio inferiore ai tre quarti:

- non ha il potere di ricostruire l'oggetto del suo diritto in una qualsiasi parte dell'edificio distrutto, ma deve obbligatoriamente realizzarlo nello spazio ove esisteva in precedenza la porzione immobiliare perita di sua proprietà esclusiva;<sup>98</sup>
- partecipa alla delibera assembleare e alle spese di ricostruzione in base ai suoi diritti sulle parti comuni, con ciò prescindendo dal fatto che il bene in base al quale sono stati commisurati tali

d'accordo che la loro proprietà esclusiva sia quella preventivamente individuata in astratto e valorizzata secondo gli esposti criteri delle tabelle millesimali.

<sup>96</sup>L'eventuale eccedenza dell'edificio ricostruito potrebbe peraltro essere in parte disciplinata applicando in via analogica l'art. 2645 bis c.c., quinto comma, ultimo inciso ("l'eventuale differenza di superficie o di quota contenuta nei limiti di un ventesimo rispetto a quelle indicate nel contratto preliminare non produce effetti") ed il secondo comma dell'art. 1538 c.c..

<sup>97</sup>Si può dire che con la ricostruzione si attua quella regolazione dell'accessione sorta al momento della costituzione del condominio secondo le quote di comproprietà individuate dalla proprietà esclusiva secondo il valore determinato dalle tabelle millesimali in base ai criteri spaziali utilizzati per la loro redazione.

<sup>98</sup>A conferma di ciò sembra potersi ricordare l'opinione di una risalente decisione della Suprema Corte nella quale si è precisato che il proprietario del piano superiore potrebbe opporsi alla copertura a tetto del piano inferiore solo in quanto egli intendesse ricostruire il proprio piano (Cass. 7 luglio 1956, n. 2516, in *Foro.it.*, 1957, I, 841 con nota di Biondi).

diritti, ovverosia la proprietà esclusiva, sia perito o meno. Sembra quindi che, nonostante il perimento del bene materiale, in qualche maniera sopravviva la posizione soggettiva alla quale tale bene si riferiva, sia per quanto riguarda i diritti, sia per quanto riguarda i doveri. Il titolare infatti è tenuto al pagamento delle spese condominiali, ma ha anche il diritto di godere, per quanto possibile, i beni condominiali residui. La conclusione, anche sulla scorta della surriportata giurisprudenza che parla di rivivescenza del condominio nel caso di ricostruzione conforme, potrebbe essere pertanto che non sarebbe necessario in questo caso nessun atto di divisione ma solo un atto di identificazione catastale necessario solo a collegare il nuovo identificativo alla ditta originaria titolare della porzione immobiliare perita e poi ricostruita.

B) la ricostruzione dopo il perimento di meno di tre quarti di valore dell'edificio.

Nel caso di perimento parziale inferiore ai tre quarti del valore dell'edificio il 2° comma dell'art. 1128 c.c. dispone che l'assemblea deliberi circa la ricostruzione delle parti comuni<sup>99</sup>.

Tale disposizione, ribadendo la permanenza in vita del condominio, demanda all'assemblea dei condomini il potere di decidere sulla ricostruzione e sulle sue modalità mediante maggioranze qualificate<sup>100</sup> che impongono di valutare con attenzione l'opportunità di attività che per la loro importanza, sfocino in atti di straordinaria amministrazione.<sup>101</sup>

## **7.5. La sorte delle ipoteche nel caso di ricostruzione.**

### **7.5.1. Generalità.**

Gli interrogativi che ci siamo posti fin ora sono giustificati dal fatto che, in un modo o nell'altro, le risposte ad essi date incidono sulla sorte delle ipoteche costituite sull'immobile. A seconda delle argomentazioni e quindi delle ricostruzioni giuridiche che si privilegiano, si conformano le vicende delle garanzie reali sul bene perito e poi ricostruito

In particolare:

### **7.5.2. In caso di perimento totale.**

a) nell'ipotesi il fabbricato ricostruito in maniera difforme da quello perito,<sup>102</sup> potrebbe sostenersi che il diritto reale di garanzia del creditore ipotecario, che con il perimento si era ristretto sulla quota di terreno di titolarità del debitore, con la ricostruzione, si estenda, ai sensi dell'art. 2811 c.c., sempre pro-quota, al bene immobile ricostruito, con conseguente applicazione dei principi e dei meccanismi giuridici su beni indivisi di cui all'art. 2825 1° comma c.c. e quindi, con il

---

<sup>99</sup>Per un'attenta analisi delle parti condominiali dopo la riforma: F. Tassinari, in *Profili notarili della Riforma del condominio negli edifici*, a cura di E. Marmocchi – Quaderni del Notariato.

<sup>100</sup>L'art. 1136 c.c., 4° comma, stabilisce che le deliberazioni che concernono la ricostruzione dell'edificio (...) devono essere sempre approvate con la maggioranza, prevista dal 2° comma dell'art. 1136 c.c., dalla metà degli intervenuti ed almeno la metà del valore dell'edificio. A tal proposito peraltro l'art. 6, comma 11 del DL 17/10/2016 n. 189 convertito con legge 5 dicembre 2016 n. 229 (recante "Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici del 2016") stabilisce che "in deroga all'articolo 1136, quarto comma del c.c., gli interventi ivi previsti devono essere approvati con un numero di voti che rappresenti la maggioranza degli intervenuti e almeno un terzo del valore dell'edificio.

<sup>101</sup>Come atti di straordinaria amministrazione li qualifica Branca in op.cit. pag. 645.

<sup>102</sup>Tenendo anche presente – per il caso di applicazione alla fattispecie in esame dell'art. 1128 4° comma c.c. – quanto detto in precedenza in tema di accrescimento alla nota n. 48.

consolidamento dell'ipoteca sul bene assegnato in proprietà esclusiva al debitore ipotecario senza successiva ulteriore attività pubblicitaria presso l'Agenzia del Territorio. A tale modalità ricostruttiva del fenomeno potrebbe opporsi una diversa lettura in parte più aderente alla realtà e meno densa di incertezze: l'ipoteca originaria è stata concessa dal debitore su un determinato bene di sua proprietà esclusiva; con il perimento dell'edificio quel bene è venuto meno e con la ricostruzione e la successiva divisione è sorto ed è stato assegnato al debitore un bene nuovo, diverso da quello ipotecato in precedenza. Se tali sono i singoli passaggi del fenomeno, la norma applicabile non è più quella del primo comma dell'art. 2825 bensì quella del secondo comma, con conseguente trasferimento - e non estensione - dell'ipoteca sul nuovo bene immobile ed iscrizione ipotecaria contenente l'indicazione del valore del bene in precedenza ipotecato entro 90 (novanta) giorni dalla trascrizione della divisione. Tale soluzione dogmatica sembra più consona alla fattispecie concreta per diversi ordini di motivi. Innanzitutto nel primo comma dell'art. 2825 c.c. oggetto di ipoteca è fin dall'origine una quota di contitolarità e non, come nel nostro caso, un bene determinato in proprietà esclusiva. Solo a seguito del perimento dell'edificio l'ipoteca si restringe sulla quota del terreno e non per diretta concessione originaria. Con la ricostruzione e la successiva necessaria divisione, al debitore ipotecario viene assegnato un bene totalmente diverso da quello da lui ipotecato.

La conferma che la ricostruzione testè effettuata possa considerarsi quella più aderente al sistema può ritrovarsi poi nella legge 24 giugno 2009 n. 77 con la quale è stato convertito il decreto legge 28 aprile 2009 n. 39 portante le norme destinate a regolare gli interventi per gli eventi sismici della regione Abruzzo.<sup>103</sup> L'art. 3 di detta legge (come integrato dal decreto legge 24 giugno 2016 n. 133 convertito dalla legge 7 agosto 2016 n. 160) infatti espressamente dispone che "gli atti pubblici e le scritture private autenticate (...) con i quali vengono comunque riassegnate pro-diviso agli originari condomini (...) le unità immobiliari facenti parte di fabbricati ricostruiti costituiscono titolo per trasferire sugli immobili ricostruiti, riacquistati o riassegnati, con le modalità di cui al 2 comma dell'art. 2825 del c.c. le ipoteche e le trascrizioni pregiudizievoli gravanti su quelle distrutte o demolite;<sup>104</sup>

---

<sup>103</sup>In tema di normative riguardanti i singoli eventi sismici, si vedano: 1) L. 14/5/1981 n. 219 (IRPINIA); 2) L. 2/5/1983 N. 156; L.R. 26/12/1983 n. 41 (MARCHE); 3) L. 24/6/2009 n. 77; L. 7/8/2016 n. 160 (ABRUZZO); 4) L. 1/8/2012 n. 122; L.R. 21/12/2012 n. 16 (EMILIA ROMAGNA); 5) D.L. 17/10/2016 n. 189 convertito con legge 15/12/2016 n. 229 (CENTRO ITALIA) D.L. 18/4/2019 n. 32.

<sup>104</sup>Tale norma peraltro potrebbe non essere riconosciuta di diretta applicazione e nemmeno di idoneo sostegno alla effettuata ricostruzione in quanto prevista nell'ambito di una normativa eccezionale. A tal proposito sembra quindi opportuno ricordare non solo l'autorevole dottrina che si è occupata della distinzione fra norme regolari ed eccezionali [cfr. al riguardo, P. Perlingeri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3° ed., Napoli, 2006, pag. 253; ID., *Filosofi del diritto e civilisti a confronto* (1987), in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, pag. 321; ID., *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Camerino - Napoli, 1987, pag. 16 s.] e quella che si è occupata con particolare pregio dell'applicazione della norma secondo gli interessi che mira a proteggere, prescindendo dalla sua natura eccezionale o meno [P. Perlingeri, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir.civ.*, 2000, pag. 545 ss., ora in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, pag. 417 ss.; ID., *La contrattazione tra imprese*, in *Riv.dir.impr.*, 2006, pag. 339; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., pag. 332 s.; F. Prospero, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002, pag. 277 ss.; D. Mantucci, *Profili del contratto di subfornitura*, Napoli, 2005, pagg. 74 ss. e 101 ss.; F. Longobucco, *Art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192: oltre la subfornitura industriale?*, in G. Perlingeri e G. Carapezza Figlia (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, II, Napoli, 2012, pag. 465 ss., ivi ulteriori riferimenti giurisprudenziali], ma anche quella che, con attento e puntuale approfondimento, ha posto in evidenza i principi che sorreggono l'applicazione analogica di una norma eccezionale [cfr. per tutti, N. Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, pag. 168 s.; G. Perlingeri, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass.dir.civ.*, 2008, pag. 193 ss.; cfr. anche ID., *La revocazione delle disposizioni testamentarie e la modernità del pensiero di Mario Allara. Natura della revoca, disciplina applicabile e criterio di incompatibilità oggettiva*, in *Rass.dir.civ.*, 2013, pag. 756 ss.; ID., *Heredis institutio ex certa re, acquisto di beni non contemplati nel testamento e l'art. 686 codice civile*, in *Corti salernitane*, 2010, pag. 47 ss.; ID., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, pag. 68 ss.; v. anche O. Clarizia, *Tertium comparationis, norma eccezionale e incostituzionalità con effetto estensivo*, in P. Femia (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, pag. 199 ss.].

b) se il fabbricato perito totalmente viene ricostruito in maniera conforme a quello perito, l'ipoteca continuerà a gravare sul nuovo immobile a seconda della opinione che si segua sulla rinascita del condominio. Infatti se si accoglie l'opinione che con la ricostruzione conforme rinasce automaticamente il condominio fra i titolari delle unità immobiliari perite e l'attribuzione ad essi, anche con una semplice presa d'atto,<sup>105</sup> delle stesse unità immobiliari ricostruite, l'ipoteca rimarrà quella originariamente iscritta senza bisogno di una nuova pubblicità; se invece si ritiene che sia in ogni caso necessario un vero e proprio atto di divisione in quanto l'immobile ricostruito è comunque un bene nuovo, l'ipoteca - come nel caso di ricostruzione difforme - si estenderà alla quota dell'edificio di titolarità del debitore ipotecario e quindi, a seguito della divisione, si iscriverà sull'appartamento allo stesso assegnato ai sensi dell'art. 2825 c.c, 2° comma, con la necessità di porre in essere gli adempimenti previsti da tale norma. Qualunque sia la soluzione adottata dal punto di vista sostanziale è chiaro che nel caso in cui a seguito della riedificazione si proceda ad un nuovo accatastamento, sarebbe opportuno procedere ad un atto di identificazione catastale che permetta il collegamento fra la vecchia indicazione catastale e la nuova e quindi effettuare l'iscrizione dell'ipoteca nei 90 (novanta) giorni dall'atto identificativo.

### **7.5.3. In caso di perimento per un valore pari a tre quarti dell'edificio**

c) la situazione non cambia dalla precedente se non nel caso in cui alcune porzioni del fabbricato non periscano mantenendo una loro autonomia. Come già detto per la richiesta di vendita all'asta del terreno e dei materiali, anche in questo caso i contitolari del terreno di risulta della parte di edificio crollato, non possono imporre ai contitolari delle porzioni di fabbricato residue di demolire le loro unità immobiliari per procedere poi ad una nuova ricostruzione totale. Ciò non toglie che essi possono decidere di procedere alla ricostruzione delle parti comuni dell'edificio e quindi a loro spese delle proprietà esclusive. Anche in tal caso si applicherà la distinzione in precedenza evidenziata fra ricostruzione conforme o difforme rispetto all'edificio perito nonché i meccanismi di estensione e di trasferimento dell'ipoteca (art. 2825, 1° e 2° comma c.c.).

### **7.5.4. In caso di perimento inferiore ai tre quarti dell'edificio.**

Nel caso in cui il perimento riguardi una parte dell'edificio inferiore ai tre quarti del valore dell'edificio l'assemblea condominiale può deliberare con la prescritta maggioranza la ricostruzione delle parti comuni come può astenersi dal prendere una decisione rimandandola nel tempo o addirittura deliberando di non ricostruire. In tale ultima ipotesi il debitore ipotecario che ha subito la perdita del suo bene, conserva il suo diritto sulle parti comuni<sup>106</sup> ma non ha altro potere se non quello di procedere autonomamente ex art. 1102 c.c. alla ricostruzione delle parti comuni che lo interessano unitamente alla sua proprietà esclusiva sobbarcandosi tutti gli oneri economici derivanti da un tale decisione.<sup>107</sup> A sua volta il creditore ipotecario nulla potrà fare per conservare la sua garanzia reale sull'appartamento perito dovendosi accontentare esclusivamente dell'ipoteca

---

<sup>105</sup>Il legislatore ha affrontato incidentalmente il problema della denominazione di tale atto nella legge n. 77/2009 definendo come riassegnazione l'atto mediante il quale viene individuato l'appartamento ricostruito di titolarità del proprietario dell'identico appartamento perito. **A tal proposito la giurisprudenza tributaria ha affermato espressamente che l'atto di riassegnazione (...) è invece un atto volto, e con evidente contenuto ricognitivo, a riconoscere quanto già esistente in capo al suo titolare, quandanche il diritto riassegnato abbia subito una sua diversa ma solo nominale identificazione (Comm. Trib. Abruzzo 18/10/2018 n. 1174).**

<sup>106</sup>Branca, op.cit., pag. 537 "delle parti comuni dello stabile non crollato continuano ad essere titolari nella stessa misura di prima anche i titolari dei piani che risultano crollati".

<sup>107</sup>Cass. 25/10/1980, n. 5762, citata in Maurizio De Tilla, op.cit., pag. 2497.

sulle parti comuni dell'edificio di spettanza del suo debitore e dell'eventuale surrogazione su un'indennità assicurativa se in precedenza stipulata.

Cosa diversa accade nel caso in cui l'assemblea condominiale deliberi la ricostruzione delle parti comuni ex art. 1128, 2° comma, c.c., essendo varie le ipotesi prospettabili a seconda della decisione del condomino di partecipare o meno alle spese. In particolare:

a) L'assemblea delibera la ricostruzione delle parti comuni con il consenso del debitore al quale è perito anche l'appartamento di proprietà esclusiva ipotecato. Se l'opera viene compiuta sulle parti comuni, ma il debitore ipotecario decide di non ricostruire la sua proprietà immobiliare perita, l'ipoteca come nel caso precedente, permane sulle parti comuni ed in particolare sul terreno, ma si estingue per la parte perita per inesistenza dell'oggetto. Potremmo forse dire che l'ipoteca sia quiescente fino a che il debitore non decida di ricostruire la sua proprietà esclusiva.

b) Come nel caso precedente l'assemblea delibera la ricostruzione delle parti comuni ed il debitore ipotecario oltre a concorrere alle spese comuni, ricostruisce l'appartamento perito di sua titolarità esclusiva. Il tal caso l'ipoteca, ai sensi dell'art. 2811 c.c., si rispande dalla quota condominiale alla porzione immobiliare ricostruita. Anche qui sembra opportuno distinguere e valutare caso per caso l'entità del perimento. Se infatti il crosso interessa solamente l'immobile oggetto di ipoteca, la ricostruzione in genere riprodurrà l'immobile com'era in precedenza al fine di mantenere l'uniformità del fabbricato di cui era parte. Se al contrario il perimento coinvolge più unità abitative costringendo ad una riedificazione più complessa con la necessaria modifica delle originarie condizioni strutturali e degli elementi caratterizzanti la parte di fabbricato perito, allora sarà indispensabile ripercorrere la procedura già vista in precedenza per la nuova iscrizione dell'ipoteca ai sensi dell'art. 2825, c.c. 2° comma.

c) L'assemblea delibera la ricostruzione delle parti comuni ed il debitore ipotecario decide di non partecipare alla ricostruzione. In questo caso il debitore è costretto a cedere i suoi diritti sulle parti comuni e, se residuata, sulla proprietà esclusiva, agli altri condomini secondo una stima effettuata ad hoc, oppure ad alcuni soltanto di essi secondo un prezzo convenuto.

È chiaro che l'individuazione del prezzo sarà comunque influenzata dalla presenza di una garanzia ipotecaria sul bene oggetto di cessione, come peraltro qualsiasi prezzo di vendita di bene ipotecato.

Con la cessione ad un altro condomino o ad un terzo estraneo al condominio, l'ipoteca permarrà sul bene ceduto ed il cessionario sarà considerato come terzo acquirente con la conseguente applicazione di tutta la disciplina prevista dall'art. 2858 e seguenti del c.c..

Federico Tedeschi Porceddu