



[Diritto Civile](#)" class="voce">

Installazione di impianti di telefonia mobile su parti condominiali: interpretazione del contratto tra unanimità e maggioranza qualificata (nota a Cass., Sez. Un., n. 8434/2020).

di [Francesco Taglialavoro](#)

14 luglio 2020

Installazione di impianti di telefonia mobile su parti condominiali: interpretazione del contratto tra unanimità e maggioranza qualificata (nota a Cass., sez. un., n. 8434/2020).

di Francesco Taglialavoro

Concessione in godimento del lastrico solare allo scopo di consentire l'installazione di infrastrutture ed impianti: i criteri dettati dalle Sezioni Unite per distinguere tra contratto atipico di concessione dello ius ad aedificandum – che richiede, se di durata non superiore ai nove anni, la maggioranza prevista per gli atti di ordinaria amministrazione – e contratto costitutivo di un diritto reale di superficie – per il quale è necessario il consenso di tutti i condomini.

Sommario: 1. Introduzione. 2. La vicenda all'esame della Corte. 3. I precedenti giurisprudenziali. 4. La decisione delle Sezioni Unite. 4.1 La qualificazione quale contratto costitutivo di un diritto di superficie. 4.2 La qualificazione quale contratto costitutivo di un diritto personale di

godimento. 4.3 Gli indici per distinguere, nel caso concreto, tra le due figure negoziali. 5. Corollari applicativi e conclusioni.

1. Introduzione

Un condominio concede in godimento una porzione del lastrico solare per l'installazione di impianti per l'esercizio della telefonia mobile: possono, gli altri condòmini, chiedere la rimozione di dette opere?

In sede di assemblea ordinaria viene deliberato, a maggioranza semplice, di concedere una porzione del lastrico solare per l'installazione di impianti per l'esercizio della telefonia mobile: la delibera è impugnabile dai condonini dissidenti?

Queste, in sintesi, le questioni di maggior interesse pratico risolte dalla sentenza in commento.

Chiamate a decidere su una questione di massima di particolare importanza, le Sezioni unite qualificano il contratto di concessione in godimento di una parte del lastrico solare, finalizzato all'installazione di impianti o infrastrutture, quale contratto atipico – di natura personale e non reale – di concessione dello *ius ad aedificandum*.

Per il condonino dissidente resta comunque aperta la possibilità di dimostrare che, secondo gli indici rilevatori indicati dal precedente in commento, l'operazione negoziale sia invece da ricondurre entro lo schema del contratto costitutivo del diritto reale di superficie, per la validità del quale è richiesto, *ex art. 1108, comma 3, cod. civ.*, il consenso di tutti.

2. La vicenda all'esame della Corte

Il condominio *Alfa* e taluni condòmini convengono in giudizio la società *Beta*, anch'essa condomina, che aveva concesso in locazione parte del lastrico solare a una nota società di telecomunicazioni per l'installazione su di esso di antenne per la telefonia mobile, chiedendone la rimozione.

La domanda, respinta in primo grado, viene accolta in sede di gravame, sul rilievo che la società *Beta* avesse agito nel proprio interesse e non nell'interesse del condominio, e che, conseguentemente, il contratto – qualificato come locazione – non potesse ritenersi un atto di gestione della cosa comune, bensì un atto “*di appropriazione del bene comune, che supera i limiti dell'uso lecito, riconosciuto dalla legge a favore di ciascun partecipante al condominio*”.

In sede di legittimità, la Suprema Corte, ravvisata l'esistenza di una questione di massima di particolare importanza, rimette gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite, lo scrutinio delle quali è chiesto sulla seguente questione: *“se è necessario il consenso di tutti i partecipanti, ai sensi dell'art. 1108 c.c., comma 3, per l'approvazione del contratto col quale un condominio conceda in godimento ad un terzo, dietro il pagamento di un corrispettivo, il lastrico solare, o altra idonea superficie comune, allo scopo precipuo di consentirgli l'installazione di infrastrutture ed impianti (nella specie, necessari per l'esercizio del servizio di telefonia mobile), che comportino la trasformazione dell'area, riservando comunque al detentore del lastrico di acquisire e mantenere la proprietà dei manufatti nel corso del rapporto come alla fine dello stesso”.*

3. I precedenti giurisprudenziali

La questione, nei termini appena descritti, non è ignota alla giurisprudenza.

La decisione in commento, tuttavia, ha il pregio di specificare quanto meramente accennato in altre decisioni.

In una vicenda simile, ma non identica, a quella sottesa alla pronuncia annotata, la Suprema Corte aveva già avuto modo di precisare che: *“la concessione ad “aedificandum”, stante l'autonomia contrattuale delle parti, riconosciuta dall'art. 1322 c.c., non si concreta sempre necessariamente in un diritto di superficie, ai sensi dell'art. 952 c.c., potendo in taluni casi assumere i caratteri e i contenuti di un diritto personale nei soli confronti del concedente, trovando la sua fonte in un contratto (atipico) con effetti meramente obbligatori non soggetto a rigori di forma o di pubblicità. Tuttavia al fine di poter interpretare in tal senso, anziché in quello conforme allo schema tipico approntato dal legislatore, la concreta pattuizione intervenuta fra le parti, occorre che emergano (e vengano indicati dal giudice di merito) i peculiari indici rivelatori di una simile configurazione giuridica”*[**\[1\]**](#).

Il precedente appena richiamato pecca nel non fornire, in parte motiva, alcuna precisazione in merito ai “peculiari indici” che potrebbero rilevare l'esistenza di un diritto personale di godimento esercitabile nei soli confronti del concedente.

L'operatore del diritto, in altri termini, resta “spiazzato”.

In altra decisione, questa volta della giustizia tributaria, la giurisprudenza ha avuto modo di statuire che: *“al fine di valutare se il contratto mediante il quale una parte conceda all'altra la*

disponibilità di un tetto per l'installazione di un impianto fotovoltaico integri locazione o costituzione di un diritto reale di superficie, occorre avere riguardo alla maggiore o minore facilità di installazione e di rimozione degli elementi che costituiscono l'impianto stesso”^[2].

Il criterio suggerito dal giudice tributario è evidentemente non sufficiente: la maggiore o minore facilità di installazione e di rimozione degli elementi che costituiscono l'impianto, infatti, è condizione necessaria affinché si possa predicare l'esistenza di un diritto reale, perché, in difetto, non si sarebbe al cospetto di un bene immobile e tale possibilità sarebbe preclusa in radice.

Ma non è condizione sufficiente, come appresso si vedrà e come molto opportunamente chiarito dalla sentenza oggi annotata.

4. La decisione delle Sezioni Unite

La Suprema Corte, nel suo massimo consenso, è in sintesi chiamata a effettuare la qualificazione del contratto, vale a dire l'attività interpretativa volta alla sussunzione della volontà delle parti – ricostruita in sede di interpretazione – entro uno schema negoziale tipico o atipico: a differenza dell'interpretazione in senso stretto, consistente nell'accertamento di un fatto, la qualificazione è pacificamente una questione di diritto, come tale deducibile in sede di legittimità.

La sentenza in commento chiarisce che la questione, nei suoi termini essenziali, va ricondotta entro il binomio “contratto ad effetti obbligatori / contratto ad effetti reali”: ove si accertasse che l'operazione negoziale andasse ricondotta, in sede di qualificazione, a un contratto a effetti obbligatori, ne deriverebbe la sufficienza, per la validità della stessa, di una maggioranza qualificata; in caso contrario sarebbe necessaria l'unanimità, in applicazione dell'art. 1108, comma 3, cod. civ.

Pare, però, che la Suprema corte, così opinando, operi una semplificazione fin troppo marcata, che finisce col collidere con le nozioni istituzionali dalla stessa richiamate: è infatti noto che il contratto ad effetti reali non è contratto che ha come unico effetto quello di trasferire o costituire diritti reali, come invece lasciano intendere le Sezioni unite, ben potendo lo stesso avere come effetto il trasferimento di un diritto di credito, come pure il riferimento a “ogni altro diritto” operato dall'art. 1376 cod. civ. lascia chiaramente intendere. Un maggiore rigore terminologico, pertanto, induce a sostituire l'espressione “debba qualificarsi come contratto ad effetti reali” con quella, corretta, “debba qualificarsi come contratto costitutivo di un diritto reale”.

4.1 La qualificazione quale contratto costitutivo di un diritto di superficie.

La prima questione da risolvere, secondo i giudici di legittimità, è quella che concerne la natura – mobiliare o immobiliare – dei ripetitori per la telefonia mobile incorporati nel lastrico solare condominiale.

Il che è evidente: soltanto riconducendo tali impianti entro la nozione di “costruzioni”, infatti, potrebbe predicarsi l’eventuale operatività dell’art. 952 cod. civ.; diversamente, “*la possibilità di qualificare il contratto di cui si tratta come atto costitutivo di un diritto di superficie non potrebbe porsi nemmeno in astratto*” [così al § 24 della sentenza annotata].

Ebbene: a dire della Suprema Corte, i beni in questione devono essere considerati immobili.

La soluzione, di primo acchito controiduitiva, è però coerente con la giurisprudenza formatasi in materia di beni immobili per incorporazione[\[3\]](#), per la quale, in sintesi “*deve considerarsi costruzione qualsiasi manufatto non completamente interrato che abbia i caratteri della solidità, stabilità e immobilizzazione al suolo, anche mediante appoggio, incorporazione o collegamento fisso a corpo di fabbrica preesistente o contestualmente realizzato, e ciò indipendentemente dal livello di posa e di elevazione dell’opera, dai caratteri del suo sviluppo volumetrico esterno, dall’uniformità o continuità della massa, dal materiale impiegato per la sua realizzazione e dalla sua funzione o destinazione*”.

Oltre che immobili, i ripetitori, secondo quanto puntualmente chiarito nella sentenza in commento[\[4\]](#), vanno propriamente qualificati come “costruzioni” e, pertanto, sono possibili oggetto del diritto di superficie.

Il programma negoziale con cui il proprietario del lastrico solare intenda cedere ad altri il diritto di costruire e mantenere, su tale lastrico, dei ripetitori di telefonia mobile, può dunque essere astrattamente perseguito mediante un contratto costitutivo di un diritto reale di superficie[\[5\]](#).

4.2 La qualificazione quale contratto costitutivo di un diritto personale di godimento.

Occorre adesso chiedersi se tale programma negoziale possa essere perseguito *anche* tramite la conclusione di un contratto “ad effetti obbligatori” (o, meglio, tramite un contratto costitutivo di un diritto personale di godimento).

Le Sezioni unite rispondono affermativamente: non vi è infatti ragione, fermi i limiti di cui all'art. 1322 cod. civ., per negare ai privati la possibilità di conseguire risultati analoghi a quelli di un diritto reale tramite la costituzione di un diritto personale di godimento [6].

Tale negozio va propriamente qualificato quale “contratto atipico di concessione dello *ius ad aedificandum* ad effetti obbligatori”; un tipo *anomalo* di locazione, contraddistinto specificamente dal fatto che al locatario: i) si concede il godimento di un terreno [7]; ii) con facoltà di farvi delle costruzioni; iii) di cui godrà precariamente come conduttore; iv) e che, alla fine del rapporto, dovranno essere rimosse a sua cura.

4.3 Gli indici per distinguere, nel caso concreto, tra le due figure negoziali.

Appurata l'astratta riconducibilità dello schema negoziale più volte esposto sia nel contratto costitutivo del diritto reale di superficie, sia nel contratto atipico di concessione dello *ius ad aedificandum*, appare necessario fornire all'interprete gli strumenti operativi per distinguere, a seconda delle peculiarità del caso concreto, tra le due diverse figure negoziali.

Le Sezioni unite offrono all'interprete un criterio di ermeneusi contrattuale incentrato sul confronto tra la causa concreta del negozio in scrutinio e la causa astratta del diritto di superficie.

Il diritto di superficie, ragiona la Suprema Corte, ha la “funzione” (economico *sociale*) di consentire al superficiario la realizzazione e il mantenimento di opere edilizie sul fondo altrui, eventualmente ricostruendole, mentre restano sullo sfondo “gli altri elementi che conformano il concreto regolamento di interessi voluto dalle parti, come le caratteristiche della costruzione dedotta in contratto (stabile o instabile, di maggiore o minore entità), l'eventuale esistenza di limitazioni del diritto nel tempo, il rapporto intercorrente fra disponibilità del fondo e godimento delle costruzioni o addizioni poste in essere”.

Nel contratto in esame, invece, appaiono preminenti proprio quegli interessi che assumono importanza marginale nello schema tipico del diritto di superficie: il godimento di *quella specifica area*, che si trova in quel determinato punto dello spazio che risulta funzionale alla ripetizione del segnale; le caratteristiche della costruzione dedotta in contratto (il contratto è funzionale all'installazione di un ripetitore, non di altri manufatti, e le caratteristiche tecniche del ripetitore sono vincolate dalle previsioni del titolo abilitativo di cui al D.Lgs. n. 259 del 2003, art. 87); la determinazione della durata del rapporto; il diritto del beneficiario di asportare il

ripetitore alla cessazione del rapporto contrattuale.

In altri termini: lì dove, nella superficie, è preminente il profilo del generico diritto a costruire e a mantenere, nel negozio in scrutinio è preminente il profilo dello specifico diritto di costruire un ripetitore in una determinata porzione dello spazio e asportarlo al termine del contratto.

Da qui la conclusione: in assenza di specifici indici che possano far pretendere per l'esistenza di un diritto di superficie, il contratto avente ad oggetto la concessione totale o parziale, a titolo oneroso, del godimento del lastriko solare di un fabbricato, allo scopo di consentire al concessionario l'installazione di un ripetitore di segnale, del quale il medesimo concessionario abbia la facoltà di godere e disporre nel corso del rapporto e di asportarlo al termine del rapporto, va ricondotto allo schema del contratto atipico di concessione *ad aedificandum* ad effetti obbligatori[8].

Quando invece risulti l'interesse del soggetto che intende installare il ripetitore: i) a disporre di un diritto sul quale inscrivere l'ipoteca destinata a garantire il finanziamento dell'iniziativa ii) a disporre di un diritto che, quand'anche di durata inferiore a nove anni, possa essere alienato secondo le regole di circolazione previste dal sistema della pubblicità immobiliare; iii) ad acquisire la qualità di condomino; il negozio potrà essere qualificato come contratto costitutivo del diritto di superficie, con le importanze conseguenze applicative che ne derivano.

5. Corollari applicativi e conclusioni

In linea generale, può dirsi che la ricostruzione in chiave di contratto atipico rende più semplice, per l'autonomia delle parti, la valida costituzione del vincolo; al contrario, se ricostruito in chiave di diritto reale di superficie, la valida costituzione del vincolo risulta particolarmente complessa.

Iniziamo da questa seconda ipotesi.

Nel caso di sussistenza degli indici rilevatori analizzati al § 4.3 o, in ogni caso, di altri indici “*da cui emerge che, nella specifica situazione dedotta in giudizio, i contraenti abbiano inteso conferire al concessionario del godimento del lastriko proprio un diritto reale di superficie, sia pure temporaneo*”, per la valida costituzione del vincolo sarà richiesta il consenso di tutti i condomini ex art. 1108, comma 3, cod. civ.

Il vincolo sarà opponibile ai terzi acquirenti soltanto se trascritto (art. 2642, n. 2, cod. civ.)

Quindi: se un singolo condomino conceda a un terzo, con un contratto qualificabile quale costitutivo del diritto di superficie, la facoltà di costruire e mantenere dei ripetitori sul lastrico solare comune, gli altri condomini possono chiedere la rimozione delle opere; a uguale conclusione si perviene nel caso in cui la costituzione di tale diritto reale venga deliberata a maggioranza semplice dalla assemblea condominiale (valga, ovviamente, per il condomino dissenziente).

Il terzo acquirente di unità abitativa posta in un edificio, nel lastrico solare della quale è presente un ripetitore – in virtù di un contratto qualificabile quale costitutivo del diritto di superficie – deve rispettare il vincolo ove lo stesso sia trascritto.

In caso di mancata sussistenza di indici che possano indurre l'interprete a rilevare la sussistenza del diritto reale di superficie, il negozio in parola va senz'altro qualificato quale contratto atipico di concessione del diritto di edificare a effetto obbligatorio.

Con le seguenti conseguenze applicative.

L'assemblea può validamente costituire il vincolo (se di durata non superiore ai nove anni) con la maggioranza prevista per gli atti di ordinaria amministrazione dall'art. 1136 commi 2 e 3, cod. civ., a seconda che si tratti di prima o di seconda convocazione dell'assemblea condominiale.

Il terzo che acquisti una unità immobiliare condominiale e, con la stessa, la pertinente quota millesimale del lastrico solare, deve rispettare la locazione alle condizioni ed entro i limiti di cui all'art. 1599 cod. civ. (e, nel caso di vincolo di durata superiore ai nove anni, anche di quelli di cui all'art. 2643, n. 8, cod. civ.).

La decisione annotata si lascia apprezzare perchè, intervenendo su una questione di grande rilevanza pratica, ha il pregio di fornire all'interprete utili strumenti per la qualificazione dei contratti di volta in volta posti all'attenzione dell'operatore del diritto.

Tale compito è svolto in maniera linere, efficace e completa, pur in relazione a un tema, quello dei diritti reali e delle obbligazioni di fonte contrattuale, di straordinaria complessità teorica.

[1] Cass. n. 7300/01, in *Giur. it.* 2002, 48, con nota di Villani.

[2] Comm. trib. reg. Torino n. 1000/17, in *Arch. locazioni* 2017, 6, 716.

[3] Sono stati considerati immobili: una rete metallica alta due metri e infissa su alcuni punti di terreno (Cass. n. 11294/18, in *Giust. Civ. Massimario* 2018); una baracca di zinco costituita solo da pilastri sorreggenti lamiere, priva di mura perimetrali ma dotata di copertura (Cass. n. 22127/2009 in *Riv. giur. edilizia* 2010, 2, I, 421); una struttura realizzata in legno e in vetro, purché integrata stabilmente infissa al suolo (Cass. n. 4679/09 in *Giust. Civ. Massimario* 2009); un corpo di fabbrica avanzato rispetto al corpo principale, privo di aperture, incorporato in uno degli edifici antistanti (Cass. n. 20574/2007, in *Giust. Civ. Massimario* 2007).

Non sono stati considerati beni immobili, al contrario: uno o più aereo mobili in disuso, anche se accatastati e destinati a struttura di ricezione nell'ambito di un complesso immobiliare (Cass. n. 152/17 in *Rivista del Notariato* 2018, 5, II, 1023); un carroponte collocato su dei binari (Corte App. Perugia, 20.03.2003 in *Rass. giuridica umbra* 2003, 480).

[4] Precisamente al par. 24.4, ove, a supporto di tale qualificazione, le Sezioni unite richiamano l'art. 3, comma 1, lett. e), punto 4 del D.P.R. n. 380/01 e l'art. 86, comma 3, del d. lgs. n. 259/03.

[5] Soltanto di superficie? Acquisita la natura immobiliare dei ripetitori, potrebbe in astratto ritenersi che il programma negoziale in parola possa essere perseguito tramite la costituzione di altro diritto reale, quale, ad esempio, la servitù. Di tale evenienza si mostra consapevole la sentenza in commento che, ai paragrafi da 25.1 a 25.3 si preoccupa di escludere che il risultato socio economico tratteggiato possa essere raggiunto tramite la costituzione di una servitù volontaria (manca un fondo dominante) o tramite la costituzione di un diritto d'uso (che è diritto più ampio).

[6] Anche se, per il principio del numero chiuso dei diritti reali, non è vero il contrario: i privati non possono, in altri termini, perseguire interessi tipici di un diritto personale di godimento tramite la “creazione” di un diritto reale atipico che ne mimici gli effetti. Il principio del numero chiuso dei diritti reali non è espressamente sancito dal codice, ma si ricava per via interpretativa dall'art. 1322 comma 2 (che si riferisce soltanto ai contratti); dal sistema di pubblicità tavolare, che indica tassativamente i diritti in relazione ai quali l'atto è soggetto a trascrizione; dal principio della relatività degli effetti del contratto e, più in generale, dalla fondamentale esigenza sociale “*di non consentire ai privati di creare vincoli destinati a inceppare l'utilizzabilità e la commerciabilità dei beni da parte dei futuri proprietari*” (Cfr. C.M. BIANCA, Diritto Civile, La proprietà, Milano, Giuffrè 1999, 134).

[7] Così, testualmente, al § 28.2 della sentenza annotata: in via di maggiore astrazione il termine “terreno” potrà essere sostituito con quello, più adatto al caso di specie, di “bene immobile”, tale

essendo certamente il lastrico solare di un edificio condominiale.

[8] Quale la disciplina applicabile a tale contratto? Anzitutto dovrà farsi riferimento alla regolamentazione pattizia e alle norme generali sui contratti (art. 1323 cod. civ.); in seconda battuta, per quanto non previsto dalle parti e salvo l'incompatibilità con le previsioni contrattuali, alle disposizioni dettate in materia di contratto tipico di locazione (cfr. sent. annot. par. da 30 a 32).