

I DIRITTI REALI MINORI
Percorsi della Giurisprudenza

CLAUDIO FABRICATORE

I DIRITTI REALI MINORI

Percorsi della Giurisprudenza



De Frede Editore

Dal 1899 "A. De Frede Editore" - Napoli
Via Mezzocannone, 69
Tel./Fax +39 081.5527353 - defrede@libero.it

Stampa: A. De Frede
Napoli, Dicembre 2015
ISBN 978-88-940591-3-7

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dell'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni a uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, via delle Erbe, n. 2, 20121 Milano, telefax 02.809506, e-mail:aidro@iol.it.

*Nam et secundas res splendiores facit amicitia et
adversas partiens communicansque leviores*
(M. Tullii Ciceronis - Laelius De Amicitia [22])

Al trentennale sodalizio con il Prof. Paolo Pollice,
nel ricordo del mai dimenticato nostro Maestro,
Prof. Raffaele Rascio

INDICE

| | |
|-----------------------|----|
| <i>Parte Generale</i> | 11 |
|-----------------------|----|

CAPITOLO I I CARATTERI COMUNI DEI DIRITTI REALI DI GODIMENTO SU COSA ALTRUI

| | |
|--|----|
| 1. La categoria dei diritti reali | 13 |
| 2. I diritti reali minori | 19 |
| 3. La realtà: assolutezza e numero chiuso; il vincolo di destinazione | 20 |
| 4. Classificazioni e morfologia | 20 |
| 5. Una proposta ricostruttiva | 22 |
| 6. La costituzione dei diritti reali minori | 26 |
| 7. I principi di tipicità e numerus clausus | 30 |

CAPITOLO II SOLIDARIETÀ E DIRITTI REALI LIMITATI

| | |
|---|----|
| 1. Solidarietà e diritti reali limitati | 35 |
|---|----|

CAPITOLO III ONERI REALI E OBBLIGAZIONI PROPTER REM

| | |
|--------------------------------|----|
| 1. Gli oneri reali | 39 |
| 2. Le obbligazioni propter rem | 45 |

| | |
|---|----|
| 3. Il principio della tipicità delle obbligazioni propter rem nella giurisprudenza | 49 |
| 4. Il principio di tipicità degli oneri reali: due orientamenti a confronto | 50 |
| 5. Limitazioni in tema di condominio di edifici: servitù, oneri reali o obbligazioni propter rem? | 52 |

CAPITOLO IV VINCOLI DI DESTINAZIONE

| | |
|--|----|
| 1. Il vincolo di destinazione e l'art. 2645 c.c. | 57 |
| 2. Il patrimonio separato | 60 |
| 3. Il trust. Generalità | 61 |

CAPITOLO V I DIRITTI REALI DI GARANZIA

| | |
|---|----|
| 1. Generalità | 65 |
| 2. Le rigidità del sistema delle garanzie reali | 68 |
| 3. Le garanzie reali atipiche | 71 |
| 4. Segue: il trust di garanzia | 78 |

Parte speciale 81

CAPITOLO I

ALCUNI PROBLEMI IN MATERIA DI SERVITÙ PREDIALI

| | |
|--|-----|
| 1. Nozione. La bipolarità delle servitù: il concorso della disciplina legale con quella convenzionale | 83 |
| 2. L'utilità del fondo dominante | 85 |
| 2.a. Le servitù industriali | 87 |
| 2.b. Le servitù industriali di non concorrenza | 90 |
| 2.c. L' inammissibilità delle servitù aziendali | 96 |
| 3. Le servitù c.d. irregolari o personali: la distinzione dalle pattuizioni di natura meramente obbligatoria | 98 |
| 3.a. Le servitù pubbliche | 100 |

CAPITOLO II

LA SUPERFICIE

| | |
|--|-----|
| 1. Genesi dell'istituto | 107 |
| 2. Il carattere reale del diritto di superficie | 108 |
| 3. I concetti di proprietà superficaria e di proprietà separata | 110 |
| 4. Modi di costituzione: in particolare il contratto | 115 |
| 5. Il contenuto del diritto di superficie | 119 |
| 6. Diritto di superficie e condominio: la natura dell'atto costitutivo del cosiddetto «condominio precostituito» | 120 |

CAPITOLO III

L'ENFITEUSI URBANA

| | |
|---|-----|
| 1. Introduzione: decadenza dell'istituto dell'enfiteusi | 125 |
|---|-----|

| | |
|--|-----|
| 2. Cenni storici ed evoluzione legislativa | 127 |
| 3. Ammissibilità dell'enfiteusi urbana | 130 |
| 4. L'autonoma rilevanza dell'enfiteusi urbana | 133 |
| 5. La disciplina delle enfiteusi urbane ed edificatorie e loro definizione | 135 |
| 5.a. La giurisprudenza conforme | 137 |

CAPITOLO IV

DIRITTO REALE D'USO

LA COMMERCIALIZZABILITÀ DEI PARCHEGGI

| | |
|--|-----|
| 1. La normativa di riferimento in tema di parcheggi | 139 |
| 2. I parcheggi obbligatori | 141 |
| 2.a. La c.d. teoria oggettiva o liberista | 142 |
| 2.b.- La teoria soggettiva o vincolistica | 143 |
| 2.c. La posizione della giurisprudenza | 145 |
| 3. La circolazione dei parcheggi obbligatori dopo l'entrata in vigore dell'art. 26 della Legge 28 febbraio 1985, n. 47 (c.d. Legge sul condono edilizio) | 148 |
| 4. La Legge Tognoli | 154 |
| 5. In particolare la circolazione dei parcheggi obbligatori dopo l'entrata in vigore del T.U. dell'edilizia, D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 | 155 |
| 6. Con riguardo ai parcheggi realizzati in eccedenza rispetto allo spazio minimo richiesto dall'art. 18 della legge 6 agosto 1967, n. 765: interventi giurisprudenziali in materia | 156 |
| 7. La circolazione dei parcheggi obbligatori dopo l'entrata in vigore della Legge 28 novembre 2005, n. 246 | 159 |
| 8. Le novità del decreto semplifica Italia e del decreto del fare: anni 2012 – 2013. | 162 |

PARTE GENERALE

CAPITOLO I

I CARATTERI COMUNI DEI DIRITTI REALI DI GODIMENTO SU COSA ALTRUI

Sommario: 1. *La categoria dei diritti reali*; 2. *I diritti reali minori*; 3. *La realtà: assolutezza e numero chiuso*; 4. *Classificazioni e morfologia*; 5. *Una proposta ricostruttiva*; 6. *La costituzione dei diritti reali minori*; 7. *Il principi di tipicità e numerus clausus*.

I. La categoria dei diritti reali

Il sintagma *diritti reali* designa una situazione giuridica soggettiva avente ad oggetto una *res*: essa sembra comprendere, oltre ai tradizionali diritti reali detti minori [enfiteusi, usufrutto (uso, abitazione), superficie, servitù prediali, pegno e ipoteca] anche la proprietà come si desume dal testo dell'art. 1140 cod. civ. nel quale si fa riferimento all'esercizio *del diritto di proprietà o di altro diritto reale*¹.

¹ Sulla teoria dei diritti reali uno studio ampio ed organico apparso nella nostra letteratura è quello del BELFIORE, *Interpretazione e dottrina nella teoria dei diritti reali*, Milano 1979 che per ora può essere utilmente consultato, in ordine alla formula legislativa "diritto reale" e alla sua scarsa rilevanza per la qualificazione del diritto di proprietà, alle pp. 8 (specie nt.3), 64 ss., 115 ss.. Fondamentale, sulle ragioni che consigliano di tenere distinta la proprietà dagli altri diritti reali limitati, resta lo scritto dell'ARANGIO RUIZ,

In tale più ampia accezione i diritti reali rappresentano una categoria generale del diritto privato, caratterizzata dall'assolutezza: cioè da “*una supremazia del volere del titolare, grazie alla quale lo stesso può da solo realizzare il suo interesse: a questa supremazia, che può chiamarsi potestà, fa riscontro, dall'altro lato del rapporto, non un obbligo ma una mera soggezione poiché il soggetto è veramente passivo, subisce le conseguenze della potestà*”². Non mancano opinioni autorevoli di segno diverso che ripropongono “[l']antica teoria a tenore della quale i diritti assoluti implicano un rapporto con la cosa e non già con altri soggetti”³

Nella sistematica tradizionale del diritto privato tale categoria si contrappone a quella dei diritti di credito⁴. Tuttavia, la distinzione tra dirit-

voce *Jus in re aliena*, in Diz. prat. dir. priv., III, 2, Milano 1934, p. 112 ss. e quello del RESCIGNO, *Proprietà, diritto reale e credito* (recensione a GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, Paris 1960), in *Jus*, 1965 specie pp. 475 ss..

² Così SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9° ed rist. Napoli 1997 p. 71. Si tratta della corrente concezione dei diritti reali che vede la manifestazione di tali diritti in un rapporto tra il titolare del diritto e gli omnes.

³ Cfr. SANTI ROMANO, voce *Diritti assoluti*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1947, pp. 58-59. Si veda, per una riaffermazione dell'identità concettuale dei diritti reali, PUGLIESE, voce *Diritti reali*, in *Enc. del dir.*, XII, Milano 1964, pp. 775 ss. Un approfondimento critico del tradizionale riparto tra diritti reali e diritti di credito è in COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano 1977, pp. 77 ss., 129 ss.

⁴ Per una valutazione introduttiva della questione accennata nel testo appaiono quanto mai puntuali le osservazioni del GIORGIANNI [*Diritti reali*, (diritto civile), voce del *N. ssimo Dig. it.*, V, Torino, 1960, p. 752] secondo cui: “*La nozione del diritto reale e la contrapposizione tra esso e il diritto di credito si rivela fondata su basi ben diverse rispetto a quelle comunemente accettate. In realtà, codeste basi avevano come presupposto un certo stadio dell'economia, in cui campeggiava la proprietà (specie immobiliare) che – nel pensiero dei filosofi e dei giuristi – costituiva il diritto perfetto per eccellenza, il quale si contrapponeva al diritto di credito che costituiva semplicemente uno stadio di aspettativa rispetto alla proprietà. Una volta che, con l'evolversi del sistema economico, i diritti diversi dalla proprietà – e specie il diritto di credito – hanno arricchito il loro numero e il loro contenuto, si impone una revisione delle basi stesse della distinzione. Secondo quanto abbiamo sopra esposto le due categorie sono frutto di una valutazione dei diritti patrimoniali fatta da due punti di vista diversi e assolutamente indipendenti l'uno dall'altro. Laonde, allo stesso modo in cui avviene che un rapporto, che in base alla prima valutazione rientra tra i diritti di godimento, appartenga poi in base alla seconda valutazione ai diritti reali, così può avvenire che un rapporto che in base*

ti reali e diritti di credito, fondata sul binomio “*assolutezza – relatività*”, è stata da tempo posta in discussione, in quanto la definizione del credito, come diritto ad esigere la prestazione del debitore, è parziale perché si limita a segnalare il profilo *dinamico* della posizione del creditore (la pretesa, cioè, di esigere la prestazione dal debitore); mentre, trascura l’aspetto *statico* di tale pretesa, rappresentato dal valore che assume il credito all’interno del patrimonio del creditore⁵. Orbene, tale valore è suscettibile di ricevere pregiudizio dal comportamento di un terzo (diverso, quindi, dal debitore) come capita, nel caso emblematico, del danno (*ingiusto*) subito dall’alimentato per l’uccisione dell’alimentante.

alla prima valutazione rientra tra i diritti di credito, appartenga poi in base alla seconda ai diritti reali. Ed infatti l’usufrutto, che è un diritto di godimento (1a valutazione), è diritto reale (2a valutazione) quando il titolo di costituzione sia trascritto; mentre la servitù negativa, nella quale, come ci siamo sforzati di dimostrare, l’interesse del titolare viene raggiunto mediante un rapporto obbligatorio, ed è quindi un’obbligazione (1a valutazione), è altresì un diritto reale (2a valutazione) quando il titolo di costituzione sia trascritto: il che non è privo di conseguenze pratiche perché consente di applicare alla servitù negativa le norme relative ai rapporti obbligatori e quelle relative agli obblighi negativi (così per es. l’art. 2933 c.c.) oltre a quelle che regolano i diritti reali. Il risultato cui siamo pervenuti ci consente poi di inquadrare esattamente la figura della obligatio propter rem e dell’onere reale, e può avere rilevanza nella soluzione del problema che riguarda la valutazione e i limiti di efficacia di talune fattispecie pratiche che si fanno sempre più frequenti. La dottrina ha isolato talune ipotesi in cui la persona del debitore è individuata non già in relazione ai suoi connotati fisici, ma in quanto si trova in relazione con una cosa e più precisamente con un fondo determinato (ipotesi di tal genere sono previste per es. dagli artt. 882, 883, 1090, 1104 c.c.; secondo qualcuno sarebbero altresì da comprendere in queste ipotesi le cosiddette limitazioni legali cui è sottoposto il proprietario nell’esercizio del suo diritto, nel caso in cui queste possano considerarsi come vere e proprie obbligazioni, e cioè quando al dovere del proprietario corrispondono il diritto di un’altra persona). Queste ipotesi costituirebbero la categoria delle obligationes propter rem o obbligazioni reali. Si discute poi se, accanto a questa categoria, possa trovare cittadinanza nel nostro ordinamento giuridico anche la categoria dell’onere reale, istituto essenzialmente germanistico. In forza dell’onere reale (o Reallast), il possessore di un fondo è tenuto verso una determinata persona a certe prestazioni, ordinariamente periodiche (vd. per es. par. 1105 BGB). Secondo alcuni, un caso di onere reale ammesso dal nostro ordinamento giuridico sarebbe costituito dal canone enfiteutico. Non è certo questo il luogo per affrontare la questione della ammissibilità dell’onere reale e della sua differenziazione rispetto all’obbligazione reale.”

⁵ Cfr. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte dei terzi*, Milano, 1964, p. 49

Pertanto, anche il credito presenta una sua rilevanza *erga omnes*, con la conseguenza che la lesione di questo valore deve essere considerata risarcibile col rimedio approntato dalla tutela aquiliana⁶.

In realtà, siamo all'interno di una riflessione più ampia perché investe l'intero tema della responsabilità civile. Ricorda, in proposito, Rodotà: *"...che tener fermo oggi il riferimento al diritto soggettivo assoluto non soltanto non soddisfa alla funzione di assicurare il risarcimento nelle ipotesi a cui la coscienza sociale attribuisce rilievo maggiore, ma neppure mantiene quel margine di sicurezza che poteva in passato giustificarlo. In verità, parlando di diritti soggettivi assoluti si fa spesso ricorso ad una espressione paludata, enfatica, per dire più semplicemente che l'area del risarcimento deve essere limitata alla lesione dei diritti reali o della persona"*⁷

Recependo gli orientamenti della dottrina, la Cassazione a Sezioni Unite⁸ usò ampiamente il caso del danno subito dall'alimentato per affermare la risarcibilità del diritto soggettivo relativo. In argomento, il *leading case* (di una lunga e costante serie di decisioni) è rappresentato dal noto caso "*Meroni*".

Sullo stesso versante della dottrina dei diritti reali si affaccia l'idea di una compresenza accanto alle situazioni di potere di posizioni di dovere in un contesto che, per certi aspetti, richiama il rapporto obbligatorio¹⁰.

⁶ Cfr. BUSNELLI, *op. cit.*, p. 101 ss, 168

⁷ Così RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1964, p.205.

⁸ Cfr. Cass. S.U. 26 gennaio 1971, n. 174, in *Foro it.*, I, c. 1286 ss

⁹ Cfr. la citata sentenza Cass. S.U. n. 174/1971. Il caso fu originato dalla causa promossa in seguito all'incidente colposo in cui perse la vita il calciatore del Torino Meroni nella quale per la prima volta venne riconosciuto il diritto al risarcimento del danno per il fatto che cagiona la morte del debitore quando questa abbia determinato anche l'estinzione del credito in modo definitivo ed irreparabile per il creditore.

¹⁰ Cfr., ad esempio, ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, pp.120 s. che rileva, pur senza richiamare la teoria delle obbligazioni, aspetti del dovere nei rapporti tra titolari di diritti reali sulla stessa cosa. RESCIGNO, *op. cit.* p. 480, ritiene che la parte generale delle obbligazioni possa contribuire, come criterio integrativo, a precisare la disciplina dei diritti su cosa altrui con riguardo all'esercizio del diritto e all'adempimento del dovere. ROMANO F.,

In quest'ambito, vale la pena segnalare la concezione di chi distingue la posizione del proprietario dalla posizione di chi è titolare di un diritto reale minore. L'attività di utilizzazione del proprietario è "piena" nel senso che ha il potere di scegliere quale destinazione economica imprimere al bene. Insomma, l'*habere* del proprietario consiste in uno stretto legame tra il soggetto ed il bene, con la conseguenza che il proprietario non deve rendere conto a nessuno del suo godimento pieno ed esclusivo (art. 832 c.c.). Diversamente è per l'usufruttuario, l'enfiteuta, il titolare della servitù il cui diritto è in concreto commisurato (cioè posto in relazione, in rapporto) con il diritto del proprietario¹¹. Ciò vuol dire che nei diritti reali limitati, il rapporto col proprietario costituisce termine essenziale di riferimento al fine di determinare quali siano gli atti che costituiscono realizzazione dell'interesse giuridicamente protetto dal titolare dello *ius in re aliena* e, pertanto, precisano l'ambito della tutela e dell'esercizio del diritto, dei presupposti, natura, effetti e prescrizione delle azioni reali e personali che possono essere esercitate dal titolare. Da tale angolo visuale, la dimensione del rapporto, nella struttura dei

Diritto e obbligo nella teoria dei diritti reali, Napoli 1967, pp. 110 ss., 167 ss. dopo avere proceduto a contestare l'autonomia concettuale delle obbligazioni *propter rem*, ritiene che queste siano, invece, un aspetto - sovente regolato, nei limiti stabiliti dalla legge, da convenzioni private - del contenuto complesso della situazione reale (vista come sintesi o miscela di aspetti di potere e di dovere). In argomento, si veda, altresì, COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli 1967, pp. 145 ss.

L'esigenza di un ripensamento della categoria dei diritti reali trova il suo più alto punto di riferimento nell'opera del GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, I, Milano 1940, *passim* e, con lievi varianti, nella successiva voce *Diritti reali*, cit., pp.748 ss. Allo studio del tema contribuisce la riflessione di altri autori di grande rilievo dottrinario tra i quali possiamo ricordare: NICOLO', *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano 1936, specie p. 79, 84; ID., *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in Riv. dir. comm., 1956, I, pp. 177 ss.; nonché la voce *Diritto civile*, in Enc. del dir., XII, Milano 1964, pp.912 ss.; cfr., altresì, BARBERO nei due saggi: *Il diritto soggettivo* e *Il credito nel sistema dei rapporti giuridici*, ripubblicati in *Studi di teoria generale del diritto*, Milano 1953.

¹¹ COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, cit., p. 91,

diritti reali limitati, consiste nella direzione della tutela apprestata per questi diritti: in tal senso, le azioni reali sarebbero esperibili solo nei confronti di quei soggetti investiti di altro diritto reale sulla cosa, giacché questi sono gli unici in grado di contrastare l'esercizio del diritto reale limitato; là dove l'azione per danni sarebbe, invece, esperibile nei confronti di tutti i terzi, la cui eventuale ingerenza sarebbe configurabile come violazione del generale principio del divieto del *neminem laedere*, sanzionata dall'art. 2043 c.c.¹²

Nel campo dei diritti reali minori, l'idea del rapporto obbligatorio sembra potersi riallacciare al sovente richiamo operato dal codice al "*titolo*", cioè alla fonte costitutiva, quando di natura contrattuale. Infatti, numerosi sono i richiami al *titolo* soprattutto nella disciplina della servitù (artt. 1030 e 1070 c.c. – prestazioni accessorie al contenuto della servitù, 1063 c.c. – norme regolatrici dell'estensione e dell'esercizio della servitù, 1065 c.c. – estensione e modalità di esercizio della servitù, 1069 c.c. – opere necessarie per conservare la servitù, 1082, 1084, 1090, 1091 c.c. – forma della bocca e dell'edificio derivatore, esercizio, e prestazioni accessorie nella servitù di presa o derivazione d'acqua) al punto da indurre taluno a prospettare un "*caso servitù*" nell'ambito dei diritti reali limitati, giacché "*se pure v'è un principio in forza del quale il contenuto di ciascun diritto reale è sempre identico a se stesso, questo principio certamente non opera nel campo delle servitù*", il cui contenuto, come accade per l'obbligazione, non è predeterminato positivamente dalla legge, ma "*spazia per ciascuna ipotesi concreta, entro l'ampissimo margine d'autonomia del quale i privati dispongono*"¹³.

¹² POLLICE, *Introduzione allo studio dei diritti reali*, Napoli 1999, p. 140 ss il quale parla di "*relazioni intersoggettive che scandiscono il contemporaneo esercizio dei poteri del proprietario e del titolare del diritto reale limitato*"

¹³ Così VITUCCI, *Utilità e interesse nelle servitù prediali*, Milano 1974, pp. 46 ss.. Ma cfr. anche NATUCCI, *Le servitù*, in GALLO – NATUCCI (a cura), *Beni, proprietà e diritti reali*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da BESSONE, VII, t. II, Torino, 2001, p. 115, il quale sottolinea come la servitù, per tale sua caratteristica di elasticità, si presti, meglio di ogni altro diritto,

2. *I diritti reali minori*

I diritti reali minori (o di godimento su cosa altrui, o limitati)¹⁴ compongono un sistema di discipline mediante le quali si esprime una relazione di valori e funzioni, aventi varia estensione e modalità di realizzazione, col bene al quale ineriscono. La relazione in parola si concretizza in contestuali posizioni di vantaggio o di svantaggio che rispecchiano, con modalità ed estensione varia, dall'un canto, l'interesse del titolare del diritto reale minore e, dall'altro, l'interesse del proprietario del bene al quale il diritto reale minore inerisce. Quest'ultimo interesse rappresenta il limite interno dell'esercizio del diritto reale minore. In proposito, si è già osservato che la relazione dialogica tra gl'interessi in gioco, rappresenta una caratteristica dei diritti reali minori, nel senso che essi in concreto - nonostante la loro collocazione tra i diritti definiti come assoluti - si fanno valere nei confronti dell'interessato all'utilizzazione del bene (il proprietario o titolare di altro diritto reale) e non, in astratto, *erga omnes*¹⁵.

L'angolo visuale appena posto in luce - a tenore del quale l'interesse del titolare di un diritto reale limitato si determina in concreto in relazione a quello dei soggetti che sono investiti di altro diritto reale sullo stesso bene - nella misura in cui evoca una relazione - *recte*: un rapporto - intercorrente tra più soggetti pone in discussione, come si è visto, un consolidato assunto della dottrina che colloca i diritti reali minori tra i *diritti assoluti* in contrapposizione con i *diritti di credito*¹⁶.

ad accogliere ed inquadrare in schemi collaudati e tipici le fattispecie che emergono dalla prassi contrattuale specie quella derivante dalla disciplina urbanistica. Di opinione diversa DI MAJO - FRANCARIO, *Proprietà ed autonomia contrattuale*, Milano, 1990, p. 73 ss.

¹⁴ Sui diritti reali si veda in particolare BELFIORE, *Interpretazione e dogmatica nella teoria dei diritti reali*, loco cit.; ARANGIO RUIZ, voce *Jus in re aliena*, cit., p. 112 ss.; PUGLIESE, voce *Diritti reali*, in Enc. del dir., XII, Milano 1964, pp. 775 ss. Un approfondimento critico del tradizionale riparto tra diritti reali e diritti di credito è in COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano 1977, pp. 77 ss., 129 ss.

¹⁵ Si veda COSTANTINO M., *Contributo alla teoria della proprietà*, cit. pp. 145 ss.

¹⁶ Sul punto si veda RESCIGNO, *Proprietà, diritto reale e credito* (recensione a

3. *La realtà: assolutezza e numero chiuso; il vincolo di destinazione*

Il sistema dei diritti reali presenta un versante interno che è in grado di contenere precetti privati di vario contenuto e intensità (il titolo costitutivo); ed un versante esterno (o della qualificazione della situazione giuridica in chiave di realtà) attraverso il quale il legislatore verifica che la situazione giuridica voluta dalle parti si appartenga ad una delle figure che ha già preventivamente organizzato e regolato come diritto reale. Emblematica può essere, in proposito, la figura della servitù che concede significativi spazi alle parti nella determinazione del suo contenuto, fermo il rimanere dei requisiti classificatori voluti dal legislatore. La qualificazione – o giudizio di appartenenza – ha come suo immediato effetto la trascrivibilità del diritto (id est: la sua opponibilità) che sarà, poi, assistito e tutelato con le azioni reali.

4. *Classificazioni e morfologia*

Vari possono essere i tratti che caratterizzano le singole figure dei diritti in esame; lo schema tradizionalmente ricorrente, per ricondurli

Ginossar, *Droit réel, propriété et créance*, Paris 1960), in *Jus*, 1965 specie pp. 475 ss. Un approfondimento critico del tradizionale riparto tra diritti reali e diritti di credito è in COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale*, cit. pp. 77 ss., 129 ss. L'esigenza di un ripensamento della categoria dei diritti reali è esaminata dal noto studio del GIORGIANNI M., *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, I, Milano 1940, *passim* e, con lievi varianti, nella successiva voce *Diritti reali*, in *N.ssmo dig. it.*, V, Torino 1960, pp. 748 ss. Il problema di particolare difficoltà concettuale è ben esaminato dall' ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, il quale rileva i rapporti tra titolari di diritti reali sulla stessa cosa non corrispondono alla "ipotetica subsunzione" (come lo stesso autore precisa alle pp. 120 s.) di codesti diritti tra i diritti di obbligazione. Ritene il RESCIGNO, *op. cit.* p. 480, che la parte generale delle obbligazioni dovrebbe servire ad integrare la disciplina dei diritti su cosa altrui con riguardo all'esercizio del diritto e all'adempimento del dovere. Il ROMANO F., *Diritto e obbligo nella teoria dei diritti reali*, Napoli 1967, pp. 110 ss., 167 ss. ritiene che le situazioni reali, nella misura in cui rappresentano una sintesi di poteri e doveri, siano ragguagliabili a quelle obbligatorie

a un disegno organico dai contorni più o meno definiti, è quello che fa capo al concetto di limitazione al diritto di proprietà a cui viene a corrispondere un vantaggio per altra proprietà (servitù) o per un soggetto (superficiario, enfiteuta, usufruttuario) diverso dal proprietario, che per l'effetto si spoglia e diviene “*nudo*” del godimento¹⁷.

Sul piano descrittivo, infatti, questi diritti reali minori possono:

a) attuare un'ingerenza nel godimento del bene, in modo tale da limitare le facoltà spettanti al proprietario: (pensiamo alle servitù¹⁸; ai diritti d'uso¹⁹);

b) sottrarre al proprietario (definito per questo motivo “*nudo*”) l'intero godimento del bene (pensiamo all'usufrutto²⁰, alla superficie²¹, all'enfiteusi²², all'abitazione²³).

Si è, poi, soliti distinguere i diritti reali di godimento su cosa altrui

¹⁷ Si veda, tra i tanti, BARASSI, *I diritti reali limitati*, Milano 1947, pp. 1 ss.

¹⁸ Cfr. COMPORTI, *Le servitù prediali*, in *Tratt. RESCIGNO*, VIII, 1982; PALAZZOLO, *Servitù 1) diritto civile*, in *Enc. Giur. Trecc.*, XXVIII, 1992.

¹⁹ Vedi TRIMARCHI P., *Uso (diritto di)*, in *Enc. Dir.*, XLV, 992; PUGLIESE, *Abitazione ed uso (diritto civile)*, in *N.D.I.*, I, 1, 56; BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXXII, 1994; PALERMO, *L'uso e l'abitazione*, in *Tratt. RESCIGNO*, VIII, 1982, 141. Al riguardo, *Cass.*, 14 settembre 1991, n. 9593, in *Giur. It.* 1992, I, 1, 848, con nota di D'ALIBERTI: il diritto d'uso, così come disciplinato dal codice civile, è un diritto reale di natura temporanea, al quale non può essere attribuito carattere di perpetuità.

²⁰ BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione, cit.*; PALERMO, *L'usufrutto*, in *Trattato RESCIGNO, cit.*, p. 99.

²¹ Cfr. PALERMO, *La superficie*, in *Tratt. RESCIGNO, cit.*, pp. 3 ss.; BESSONE – DI PAOLO, *Superficie 1) Diritto civile*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXX, 1993; PUGLIESE, *Superficie⁴*, in *Comm. SCIALOJA A. e BRANCA G.* (art. 810-956), 1976; SALIS, *La superficie (diritto vigente)*, in *N.D.I.*, XVIII, 944.

²² Cfr. ALESSI, *Enfiteusi (diritto civile)*, in *Enc. giur. Trecc.*, XII, 1989; VITUCCI, *Enfiteusi*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civilistica*, VII, 1991, 462; PALERMO, *L'enfiteusi*, in *Tratt. Rescigno*, VIII, 1982, 39.

²³ Cfr. ORLANDO CASCIO, *Abitazione (diritto di)*, in *Enc. dir.*, I, 94; PUGLIESE, *Abitazione ed uso (diritto civile)*, in *N.D.I.*, I, 1, 56; PALERMO, *L'uso e l'abitazione*, in *Tratt. Rescigno*, VIII, 1982, 141; BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXXII, 1994.

collegati alla detenzione della cosa da quelli non collegati alla detenzione della cosa (servitù negative)²⁴.

Altra distinzione riguarda la diversità esistente tra i diritti reali di godimento su cosa altrui e i diritti reali di garanzia, categoria che attua una diversa funzione in quanto, pur incidendo sul valore economico della proprietà, non è con essa in una relazione di efficienza o di godimento per il fatto di essere legata all'adempimento di una obbligazione (si pensi alla disciplina del pegno e dell'ipoteca)²⁵.

5. Una proposta ricostruttiva

Ora, ritornando al tema delle classificazioni ci sembra, ma si tratta solo di una proposta ricostruttiva, che il rapporto tra diritti reali minori e proprietà può essere anche visto in una prospettiva di sistema, valorizzandone le funzioni sinergiche di guisa da potere distinguere:

a) diritti reali limitati che producono una stabile “*relazione di efficienza*” tra beni immobili appartenenti a proprietari diversi nel senso che l'uno apporta un vantaggio all'altro. Emblematico è in argomento il diritto di servitù il cui presupposto costitutivo è la “*utilità*” o il “*vantaggio*” che un fondo riceve per il tramite di un “*peso*” imposto ad altri fondo (artt. 1027, 1028, 1029 cod. civ.)²⁶;

²⁴ Cfr. FEDELE, *Possesso ed esercizio del diritto*, Torino, 1950.

²⁵ In realtà, la disciplina codicistica delle garanzie reali immobiliari si è dimostrata nel tempo insoddisfacente in quanto incapace di seguire le nuove problematiche di sicurezza del credito. Si pensi, ad esempio, che per la realizzazione delle ragioni del finanziatore occorreranno procedure esecutive lunghe e costose che spesso portano a un ricavato anche inferiore al valore del bene. Ciò finisce per comportare maggiori oneri per l'accesso al credito. Ora la rigidità del sistema delle ipoteche ha generato una prassi caratterizzata dal ricorso a schemi atipici come i trasferimenti di diritti a scopo di garanzia, alienazioni fiduciarie, cessioni, costituzioni di trusts, ecc. Sul punto si veda BUSSANI, *Il modello italiano delle garanzie reali*, in *Contratto e impresa*, 1, 2997, pp. 163 ss. «»

²⁶ Si veda, ad es., Cons. Stato sez. IV, 27/01/2015 n. 363 secondo cui: “*Il panorama costituisce un valore aggiunto ad un immobile, che ne incrementa la quotazione di mercato*”

b) diritti reali limitati che producono una “*relazione di godimento*” sul medesimo bene mediante una stratificazione di singoli e distinti godimenti attraverso cadenze temporali (là dove nella comproprietà si ha un’ipotesi di concorso del godimento nel medesimo tempo). In proposito par lecito, per meglio illustrare il punto, richiamare: la disciplina della superficie, dell’enfiteusi, dell’usufrutto, uso e abitazione²⁷.

Ora, da tale angolo visuale è necessario avere piena consapevolezza “*che nel sistema del codice, proprietà e diritti reali minori si iscrivono in un insieme strutturalmente omogeneo (articolazioni, cioè, di un disegno unitario; ovvero, per dirla col Renner, rappresentano un microcosmo) al quale, peraltro, non è affatto estraneo lo strumento contrattuale - cioè, la competenza dispositiva dei privati - il cui compito è quello di realizzare il concreto*

e che corrisponde ad un interesse meritevole di tutela secondo l’ordinamento giuridico, sicché la sua lesione, derivante dalla sopraelevazione o costruzione illegittima di un fabbricato vicino, determina un danno ingiusto da risarcire.” Con riguardo alla possibilità della costituzione di una servitù coattiva per l’interesse generale della produzione si veda Cass sez. II 07/03/2013, n.5765 “*La costituzione coattiva della SERVITÙ di passaggio in favore di un fondo non intercluso, ai sensi dell’art. 1052 cod. civ., postula la rispondenza alle esigenze dell’agricoltura o dell’industria, requisito che trascende gli interessi individuali e giustifica l’imposizione solo per interesse generale della produzione, da valutare, non già in astratto, ma con riguardo allo stato attuale dei fondi e alla loro concreta possibilità di un più ampio sfruttamento o di una migliore utilizzazione, sicché il sacrificio del fondo servente non si giustifica qualora il fondo dominante sia incolto e da lungo tempo inutilizzato a fini produttivi.”*

²⁷ Secondo la Cassazione si tratta, ben vero, di diritti aventi natura diversa. Si veda in tal senso Cass sez. II, 17/10/2013, n. 23593 a tenore della quale “*Il superficiario, in ragione della natura “proprietaria” del diritto di superficie, può agire per l’accertamento della “communio incidens” su una strada podereale a servizio della costruzione e per la rimozione degli ostacoli materiali frapposti all’accesso da altri frontisti, esercitando, in tal modo, una “negatoria servitutis”, rispetto alla quale non sussiste necessità di litisconsorzio di tutti i comproprietari latitanti, atteso che l’accertamento e la condanna sono utilmente pronunciati tra le parti in giudizio; egli non è tenuto, in particolare, a chiamare in causa il titolare del suolo, in applicazione analogica dell’art. 1012, secondo comma, cod. civ., essendo la posizione del “dominus soli” diversa da quella del nudo proprietario, in quanto l’usufrutto è un diritto reale limitato nel tempo e nelle facoltà, mentre la superficie può essere perpetua ed attribuisce al superficiario facoltà dominicali piene e stabili.”*

atteggiarsi degl'interessi che si raccordano al bene. Da tale angolo visuale, sia consentito rilevare che vi è un livello di problemi - per intenderci non quello delle categorie concettuali, bensì quello intorno al quale si compone il concreto assetto degli interessi proprietari - che postula un legame forte tra proprietà, diritti reali minori e autonomia privata”²⁸.

Questo modo di concepire, alla stregua di un *unicum*, proprietà e diritti reali minori spiega la ragione dell'incompatibilità delle relative discipline con altri o differenti schemi e ciò è alla base delle regole del numero chiuso e della tipicità; caratteristiche queste, com'è ben noto; trascritte: (i) dall'un canto, nella trama del sistema dei diritti reali, mancando a tal proposito un'espressa enunciazione del legislatore; (ii) dall'altro, dalle disposizioni dettate in tema di trascrizione.

Tutto questo non vuol dire che sia negata all'autonomia negoziale la capacità di dettare “*codici organizzativi*” nel sistema dei diritti reali; ma si tratterà di “*codici*” forniti di solo valore “*personale*”, privi cioè di opponibilità a terzi. In tal senso l'orientamento della più recente giurisprudenza è costante: “*In base al principio dell'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c., è consentito alle parti di sottrarsi alla regola della tipicità dei diritti reali su cose altrui attraverso la costituzione di rapporti meramente obbligatori. Pertanto, invece di prevedere l'imposizione di un peso su un fondo (servente) per l'utilità di un altro (dominante), in una relazione di asservimento del primo al secondo che si configura come una *qualitas fundi*, le parti ben possono pattuire un obbligo personale, configurabile quando il diritto attribuito sia previsto per un vantaggio della persona o delle persone indicate nel relativo atto costitutivo, senza alcuna funzione di utilità fondiaria.*”²⁹. E ancora, in tema di servitù: “*In base al principio*

²⁸ Così POLLICE, *Introduzione allo studio dei diritti reali*, cit., pp. 10 ss.

²⁹ Si veda in tal senso Cass., 09 ottobre 2014, n. 21356. Già Cass., 11 marzo 1981, n.1387. Di interesse, trattandosi di ipotesi sovente ricorrente, è il seguente arresto del Trib. Roma, 5 dicembre 2005: “*diritto di mantenere sul lastrico solare di proprietà comune l'appoggio di un'insegna pubblicitaria, previsto da una clausola di natura contrattuale del regolamento predisposto dall'unico ed originario proprietario dell'edificio, richiamato ed*

dell'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 cod. civ. i privati possono sottrarsi alla tipicità dei diritti reali su cose altrui, costituendo, invece della servitù prediale, un obbligo a vantaggio della persona indicata nell'atto, senza alcuna funzione di utilità fondiaria"³⁰. Una significativa distinzione tra il diritto reale di uso e il diritto personale di godimento così recita: *"La differenza, dal punto di vista sostanziale e contenutistico, tra il diritto reale d'uso e il diritto personale di godimento è costituita dall'ampiezza ed illimitatezza del primo, in conformità al canone della tipicità dei diritti reali, rispetto alla multiforme possibilità di atteggiarsi del secondo che, in ragione del suo carattere obbligatorio, può essere diversamente regolato dalle parti nei suoi aspetti di sostanza e di contenuto."*³¹

approvato nei singoli atti di acquisto, non integra una costituzione di un diritto reale d'uso, di una servitù prediale, mancando la relazione oggettiva di utilitas tra un fondo dominante e quello servente, ovvero di una servitù personale o irregolare, non ammessa nel nostro ordinamento, o di usufrutto, né, tantomeno di un diritto di superficie sull'area sovrastante il lastrico solare, non essendo stata prevista la proprietà dell'insegna che non risulta, nemmeno, stabilmente infissa al suolo, bensì trattasi di un diritto personale di godimento, in quanto tutti gli acquirenti delle unità immobiliari appartenenti all'edificio condominiale sono subentrati, con l'accettazione del predetto regolamento condominiale, nella posizione soggettiva di comodanti a titolo gratuito per la durata stabilita nel regolamento condominiale."

³⁰ Così: Cass. , 11 febbraio 2014, n. 3091.

³¹ Cfr. Cass., 26 febbraio 2008, n. 5034, la quale in motivazione precisa: *" Il principio di tipicità legale necessaria dei diritti reali si traduce nella regola secondo cui i privati non possono creare figure di diritti reali al di fuori di quelle previste dalla legge, né possono modificarne il regime. Ciò comporta che i poteri che scaturiscono dal singolo diritto reale in favore del suo titolare sono quelli determinati dalla legge e non possono essere validamente modificati dagli interessati. In particolare, per quanto concerne il diritto di uso, quale diritto reale disciplinato dagli art. 1021 e ss. c.c., esso attribuisce al suo titolare il diritto di servirsi della cosa e di trarne i frutti per il soddisfacimento dei bisogni propri e della propria famiglia, diritto che, nel suo concreto esercizio, non può non implicare il potere di trarre dal bene ogni utilità che esso può dare. L'ampiezza di tale potere, pertanto, a parte il peculiare limite quantitativo rappresentato dai bisogni del titolare e della sua famiglia, che peraltro va riferito non all'uso della cosa ma al percepimento dei frutti, se può incontrare limitazioni derivanti dalla natura e dalla destinazione economica del bene, per contro - in ragione del richiamato principio di tipicità - non può soffrire limitazioni o condizionamenti maggiori derivanti dal titolo."*

6. *La costituzione dei diritti reali minori*

La costituzione dei diritti reali minori è il più delle volte affidata allo strumento contrattuale. Si tratta di un contratto ad effetti reali e come tale, si perfeziona col semplice consenso delle parti legittimamente manifestato (arg. ex art. 1376 c.c.).

Esso è un contratto derivativo-costitutivo, e non già un contratto traslativo. Esso trova il suo presupposto, trattandosi di un acquisto a titolo derivativo, nell'esistenza del diritto di proprietà. Non si tratta, tuttavia, di un trasferimento parziale del diritto di proprietà, di guisa che è imprecisa l'espressione *diritti parziali*, talvolta utilizzata per definire i diritti di godimento. In tal senso, può dirsi che sebbene il diritto costituito derivi (ne è una quantità) da quello del costituente, è anche vero che esso «è qualitativamente diverso in quanto è la risultante della sintesi e non della somma delle facoltà trasferite³²».

Accanto all'acquisto in base a titolo, si pone l'acquisto dei diritti reali minori per usucapione.

Lo schema del diritto reale minore – la relazione che corre tra il proprietario del fondo dominante e il proprietario del fondo servente – richiama, così come si è precedentemente osservato, il rapporto obbligatorio.³³ In favore di tale posizione, si pone l'osservazione a te-

³² POLLICE, *Introduzione allo studio dei diritti reali*, cit., 137.

³³ La tesi per cui i diritti di credito sarebbero oggetto di un diritto di proprietà è stata elaborata in Francia da GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, Parigi 1960; secondo questo autore, la proprietà potrebbe avere ad oggetto sia beni materiali, sia beni immateriali, sia crediti; anche i diritti reali su cosa altrui sarebbero diritti di credito ("crediti reali"), aventi ad oggetto una prestazione negativa o anche positiva, correlativa ad una "obbligazione reale" che graverebbe sul soggetto che si trova attualmente in relazione proprietaria con la cosa; la proprietà, i "crediti reali" e i "crediti personali" sarebbero caratterizzati tutti da una obligation passive universelle che garantirebbe il rispetto di tali diritti. V. altresì in Germania LEONHARD, *Allgemeine Schuldrecht des BGB*, 1, *Besonderes Schuldrecht des BGB*, Monaco-Lipsia 1929, p. 60 ss.; in Italia VENEZIAN, *Dell'usufrutto*, I, cit., p. 15, e FINZI, op. cit., p. 81 ss. Per una critica alla tesi di

nore della quale i diritti in parola (con l'unica eccezione della proprietà superficaria) sono tutti prescrivibili per non uso ventennale (artt. 954, ult. co.; 970; 1014, 1° co., *sub* n.1; 1073 cod. civ.). La prescrizione è, difatti, un istituto che opera sul rapporto obbligatorio, (ed infatti, la proprietà, la petizione di eredità e lo *status* non si prescrivono), provocandone l'estinzione a vantaggio del debitore.

L'argomento, però, «*ha tutta l'aria d'esser di quelli che, come si dice, provano troppo. Se è vero che l'istituto della prescrizione appartiene selettivamente alla teoria delle obbligazioni: ciò non significa, per la verità, che esso assorba ogni altra considerazione in sede di ricostruzione dei diritti reali minori, relegando tutto il complesso delle norme che compongono tale disciplina in posizione secondaria. A nostro giudizio, operando con qualche criterio di massima, si può, infatti, osservare che la prescrizione per non uso ventennale ripeta, nella sostanza e sicuramente nella modalità temporale, lo schema dell'usucapione. Crediamo di non esser lontano dal vero nel dire che essa viene fatta valere da chi pretenda la cosa come libera: cioè, di regola, dal proprietario*³⁴».

Sempre a favore della tesi che evoca per i diritti reali minori lo schema del rapporto obbligatorio, si pone il richiamo all' art. 1001, 2° co., cod. civ secondo cui l'usufruttario, nel godimento della cosa, deve agire con la diligenza del buon padre di famiglia. È noto che tale criterio di valutazione è lo stesso di quello dettato in tema di adempimento dell'obbligazione dall'art. 1176, 1° co. del cod. civ. «*È facile avvedersi subito della stretta affinità tra le due regole; ma, crediamo sia una petizione*

GINOSSAR, v. PUGLIESE, voce Diritti reali, in Enc. d., XII, Milano 1964, p. 770; COMPORTI, Diritti reali in generale, in Tratt. Cicu-Messineo, Milano 1980, p. 60 ss.; ENNECCERUS-LEHMANN, Recht der Schuldverhältnisse, 14a ediz., Tubinga 1954, p. 2 s.; LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, I, 14a ediz., Monaco 1987, § 2 II, p. 18 nota 22 e § 33 III, p. 572 ss. 19 Sicuramente tale possibilità va riconosciuta per i crediti pecuniari, che costituiscono la fattispecie di usufrutto di crediti di gran lunga più importante.

³⁴ POLLICE, *Introduzione allo studio dei diritti reali*, cit. p.138.

di principio il volere necessariamente inferire che si possa parlare di diligenza nella condotta dell'azione con esclusivo riguardo alla posizione del debitore ed escluderla con riguardo al corretto esercizio di una situazione di potere o competenza. Tuttavia, sovente la posizione del proprietari, sul cui bene grava un diritto reale limitato di godimento, sembra non essere affatto indifferente nei confronti di codesto diritto tanto da non poter essere assimilata a quella del terzo tout court su cui grava un generico dovere di astensione. Si pensi, volendone indicare un esempio, alla disciplina delle servitù che prevede agli artt. 1064, 1067 e 1068 obblighi a carico del proprietario del fondo servente destinati a consentire l'esercizio di servitù da parte del proprietario del fondo dominante³⁵.

La questione non è di semplice soluzione, poiché si è in presenza di una serie di segnali contraddittori. Esaminando la tesi che costruisce i diritti reali minori con un prevalente richiamo allo schema del rapporto obbligatorio, punto di partenza è rappresentato dalla constatazione che l'interesse del titolare di un diritto reale limitato sorge solo in rapporto con altro soggetto, interessato all'uso del bene. Potrebbe trovarsi conferma di ciò nello stesso dettato normativo, dove, in numerose disposizioni, si disciplinano regole di significativo rilievo nell'utilizzazione del bene: esempi possono individuarsi, in tema: di enfiteusi nell'art. 972 cod. civ.; di usufrutto nell'art. 1015 cod. civ., di uso nell'art. 1026; di servitù gli artt. 1065, 1067, 1068, 1069 cod. civ. Corollario pratico di tale impostazione è la particolare tutela riconosciuta per questi diritti: mentre è riconosciuta la possibilità di agire con un'azione per danni nei confronti di tutti i terzi, la cui eventuale ingerenza non rappresenta una violazione di un diritto reale limitato, ma bensì violazione del dettato dell'art. 2043 cod. civ., invece, è possibile esperire un'azione reale solo nei confronti di quei soggetti investiti di un altro diritto reale sulla cosa, giacché questi sono gli unici a contrastare l'esercizio del diritto reale limitato.

³⁵ POLLICE, *op. loco ult. cit.*

Detta tesi, così riassunta, parte indubbiamente da una premessa corretta nel momento in cui richiama l'attenzione dell'interprete sull'esistenza di un potenziale conflitto tra l'interesse che ha sulla cosa il titolare di un diritto reale minore e l'interesse che sulla medesima cosa ha il proprietario. Ora codesta premessa, nulla dice, però, sul carattere reale del diritto reale minore. In particolare, non pone in particolare evidenza la speciale protezione che a questi diritti è accordata sia sotto il profilo dell'opponibilità che del diritto di seguito.

La tesi su citata, nel richiamare la possibilità che il titolare del diritto reale minore eserciti l'azione reale solo nei confronti del titolare del diritto maggiore, riproduce essenzialmente una posizione di provenienza processualistica³⁶, proposta in tema di azioni di mero accertamento dei diritti reali, per la quale, per « *ovviare all'assunto pratico di un giudizio di mero accertamento della proprietà nel quale dovrebbero costituirsi tutti gli omnes, ritiene di poter estrapolare dagli artt. 948, 949 e 1079 cod. civ. una regola che ordini diversamente il giudizio, individuando: quali legittimati passivi nell'azione di rivendica i possessori e/o detentori; nella negatoria coloro che affermano diritti sulla cosa; nella confessoria servitutis il proprietario del fondo servente*». Ma non sembra si possa prescindere dall'esame dei conflitti che in concreto si verificano e aprioristicamente definire la configurazione dei diritti reali minori.

Per cui gli argomenti addotti sembrano portare alla conclusione che «*la configurazione dei diritti reali minori come diritti di obbligazione tout court non renda giustizia alla complessità strutturale di codesti diritti, il cui titolare può avere la necessità [...] della cooperazione di altri (il titolare del diritto maggiore)*». Infine, va evidenziato che «*le posizioni di cooperazione che possono essere rinvenute nell'ambito dei diritti reali minori, do sono poste a carico del proprietario sono tutte strumentali a consentire l'esercizio del diritto minore; e quando sono poste a carico del titolare del diritto minore,*

³⁶ PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965.

o confermano il contenuto dello stesso; ovvero, sono poste a salvaguardia del diritto maggiore³⁷».

In ultimo, può svolgersi, al fine di «*ridimensionare, più che negare³⁸»* l'operatività dello schema obbligatorio nell'ambito dei diritti reali di godimento, un'ulteriore affermazione, che, pur se ancor bisognosa di precisazioni e non da tutti pienamente condivisa, ma, confortata da una consolidata tradizione di studi³⁹, sottolinea come «*il titolare del diritto reale minore soddisfa il proprio interesse indipendentemente dalla collaborazione di altri. Gli obblighi (di diversa natura ed intensità) previsti a volte a carico del proprietario o del titolare del diritto reale minore, non sono sufficienti a garantire (o a rendere riconoscibile) una identità sufficiente a trascrivere codesti diritti minori nella vicenda del rapporto obbligatorio. Ben vero, il concorso di più diritti reali sulla medesima cosa [...] appare governato da schemi di collegamento funzionale - anche affidati all'operare dell'obbligo [...] che delimitano i rispettivi contenuti e modalità di esercizio. [...] Il problema sarebbe ad un passo dalla soluzione se l'interprete fosse in grado di rilevare che il richiamato collegamento funzionale è una costante di ogni diritto reale minore⁴⁰».*

7. I principi di tipicità e numerus clausus

La tipicità dei diritti reali è tradizionalmente ritenuta uno dei principi fondamentali dell'ordinamento⁴¹.

³⁷ POLLICE, *op. cit.*, p. 142.

³⁸ POLLICE, *op. cit.*, p. 147.

³⁹ COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1997, 215 ss., 257 ss.

⁴⁰ POLLICE, *op. cit.*, p. 145.

⁴¹ Sulle origini del principio del numero chiuso dei diritti reali, si veda VITUCCI, *Autonomia privata, numero chiuso dei diritti reali e costituzione convenzionale di servitù*, in *Riv. dir. agr.*, 1972, I, p. 859 ss.; ID., *Utilità e interesse nelle servitù prediali*, *cit.*, p. 25 ss.; COMPORTI, *Contributo*, *cit.*, p. 287 ss.; BELFIORE, *Interpretazione e dogmatica nella teoria dei diritti reali*, *cit.*, p. 443 ss., specie 461, il quale osserva che «*l'idea di una tipicità dei diritti reali è essenzialmente estranea alla cultura giuridica della prima metà dell'Ottocento*

Mentre le parti sono libere di concludere, nella loro autonomia negoziale, qualsiasi tipo di contratto, con qualsiasi contenuto purché meritevole di tutela (art. 1322 c.c.), non sono invece libere di costituire nuovi diritti reali, diversi da quelli espressamente disciplinati dal codice civile. Questo principio è espressione di ben precise linee di politica di diritto che non intendono gravare la proprietà di ulteriori pesi rispetto a quelli espressamente disciplinati dalla legge anche a salvaguardia delle situazioni giuridiche dei terzi acquirenti e creditori.⁴² Per alcuni autori il

francese” e resta sostanzialmente estranea ai giuristi italiani fino agli anni immediatamente successivi all’entrata in vigore del codice del 1865. Una prima risoluta affermazione è del VENEZIAN [Dell’usufrutto, dell’uso e dell’abitazione, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di FIORE), Napoli – Torino, 1912, pp. 140 ss.] che ne indicherà il fondamento nell’esigenza di tutela di interessi generali, suscettibili di essere lesi da una regola che lasciasse ai privati l’arbitrio di restringere e vincolare il regime economico dei beni. FERRARA F., *Concetto e tipi di diritti reali*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1954, p. 418, il quale esclude che lo Stato possa lasciare all’arbitrio dei privati queste forme di utilizzazione dei beni che interessano così intimamente la compagine sociale.

⁴² Molti autori [BARASSI, *I diritti reali*, Milano, 1935, p. 46 ss.; GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 366 ss.; COVIELLO N., *Della trascrizione*, 2a ed. riv. da L. COVIELLO, in *Il diritto civile italiano a cura di FIORE e BRUGI*, XIII, 2, Napoli-Torino, 1924, p. 243 ss., 357 ss.; più di recente, CATTANEO, *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1965, pp. 971 ss.] segnalano che la funzione di tale principio è quella di salvaguardare le aspettative dei terzi sia essi acquirenti che creditori in quanto situazioni atipiche potrebbero rappresentare una remora sia nel determinare il valore effettivo del bene da acquistare possono essere dissuasi dalle maggiori difficoltà nel calcolare il valore del bene da acquistare sia nel valutare con esattezza il patrimonio a garanzia del credito (2740 c.c.).

Si veda, inoltre, Cass., 26 febbraio 2008, n. 5034, secondo cui “*Il principio di tipicità legale necessaria dei diritti reali si traduce nella regola secondo cui i privati non possono creare figure di diritti reali al di fuori di quelle previste dalla legge, né possono modificarne il regime. Ciò comporta che i poteri che scaturiscono dal singolo diritto reale in favore del suo titolare sono quelli determinati dalla legge e non possono essere validamente modificati dagli interessati. In particolare, per quanto concerne il diritto di uso, quale diritto reale disciplinato dagli art. 1021 e ss. c.c., esso attribuisce al suo titolare il diritto di servirsi della cosa e di trarne i frutti per il soddisfacimento dei bisogni propri e della propria famiglia, diritto che, nel suo concreto esercizio, non può non implicare il potere di trarre dal bene ogni utilità che esso può*

fondamento normativo della incompetenza dell'autonomia contrattuale nella creazione di situazioni reali atipiche, risiederebbe nell'articolo 1372 c.c. che riconosce al contratto forza di legge esclusivamente tra le parti e non nei confronti dei terzi⁴³.

È opportuno precisare che il principio della tipicità è diverso dalla problematica del *numerus clausus*: il primo fa riferimento ai caratteri essenziali del singolo diritto reale e, conseguentemente, all'impossibilità per i privati di costituirne altri in contrasto con questi; la seconda, invece, attiene all'esclusività della fonte (legale) dei diritti reali, di guisa che i diritti reali sono solo quelli normativamente previsti, essendo, appunto, impedito ai privati la possibilità di costituire di nuovi su base consensuale.

Siffatti principi sono da qualche tempo posti in discussione in quanto si sostiene che le ragioni storiche che hanno portato alla loro affermazione si vanno svaporando. D'altro canto, si rileva che tali principi sono di carattere ricostruttivo e non si fondano su di un'espressa previsione normativa.

Da tale angolo visuale, si è tentato un inquadramento nell'ambito dei diritti reali minori – sia pure qualificandoli come atipici – di varie figure

dare. L'ampiezza di tale potere, pertanto, a parte il peculiare limite quantitativo rappresentato dai bisogni del titolare e della sua famiglia, che peraltro va riferito non all'uso della cosa ma al percepimento dei frutti, se può incontrare limitazioni derivanti dalla natura e dalla destinazione economica del bene, per contro - in ragione del richiamato principio di tipicità - non può soffrire limitazioni o condizionamenti maggiori derivanti dal titolo."

⁴³ Cfr. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, cit., p. 169 ss. (ma con riferimento alla norma dell'art. 1130 del previgente codice civile, ragguagliabile all'attuale art. 1372 c.c.) il quale così si esprime "il limite alla creazione, da parte dei privati, di diritti reali, oltre a quelli posti come tali dalla legge non può quindi ritrovarsi, posto che la natura reale di un rapporto si riflette... esclusivamente nella sfera dei terzi, che nelle norme che regolano l'efficacia del negozio rispetto ai terzi, e quindi soprattutto nell'art. 1130 c. c.". Si veda, altresì, PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975, p. 450. Di avviso contrario al richiamo dell'art. 1372 c.c. CATTANEO, *op cit.* pp. 967-968.

proposte dall'esperienza più recente. Alludiamo alle servitù aziendali, al *trust*, al «supercondominio» e alla multiproprietà immobiliare. Più cauta è, invece, la posizione di quanti riconducono alcune di tali figure a istituti tipici. Così avviene per il «condomino complesso» e per la multiproprietà, rispettivamente ricondotte agli istituti del condominio negli edifici (artt. 1117 ss. c.c.) e della comunione (artt. 1100 ss. c.c.).

Il richiamo al “*titolo*” come chiave di lettura della disciplina degli *iura in re aliena* apre, sia pure problematicamente, nella struttura del diritto reale una continuità non episodica (meglio, potenzialmente non più circoscritta ai soli ambiti pre - identificati dal legislatore) con i diritti di obbligazione, sufficiente a comporre l'idea di ritenere ammissibili, nel nostro ordinamento giuridico, diritti reali atipici.

Il problema non è di facile soluzione in quanto il superamento del tradizionale riparto tra diritti reali e diritti di obbligazione, comporta in primo luogo l'identificazione del contenuto normativo dei singoli diritti reali non modificabile dall'autonomia privata.

Da tale angolo visuale, uno dei più importanti studiosi della materia ha proposto di tenere distinte le caratteristiche essenziali dei diritti reali dalle modalità di esercizio di questi, solo queste ultime potrebbero essere autonomamente regolate dai privati. In modo esemplificativo possono essere ritenute essenziali – pertanto non modificabili – le seguenti caratteristiche: a) per la proprietà, la facoltà di godimento e quella di disposizione per come strutturate in relazione alle varie discipline dei beni; b) per l'enfiteusi, i poteri di godimento e disposizione nonché il dovere di miglioramento del fondo; c) per l'usufrutto, la facoltà di godimento e il dovere di rispettare la destinazione economica della cosa che si configura come limite fondamentale dei poteri accordati all'usufruttuario; d) per l'uso e l'abitazione, la facoltà di godimento con la limitazione relativa ai bisogni del titolare e della famiglia; e) per le

servitù, l'utilità o la necessità del fondo dominante⁴⁴.

Più di recente, nuove figure hanno interessato il problema della tipicità dei diritti reali. Si pensi ad esempio alla multiproprietà, al *trust* e, più in generale, alla disciplina dei vincoli di destinazione (ad esempio si veda l'art. 2645 *ter* cod. civ.).

⁴⁴ Cfr. COMPORTI, *Contributo*, cit., pp. 227 ss. La tesi è, però, criticata dal NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, Milano, I, 1982, p. 229.

CAPITOLO II

SOLIDARIETÀ E DIRITTI REALI LIMITATI

È noto che i diritti reali minori esprimono rapporti dominicali nel senso che ad essi rimangono estranee le posizioni personali sia del proprietario che del titolare del diritto reale minore.

Con sentenza del 29 aprile – 10 maggio 1999, n. 167, la Corte Costituzionale ha dichiarato “...*l’illegittimità costituzionale dell’art. 1052, secondo comma, del codice civile, nella parte in cui non prevede che il passaggio coattivo di cui al primo comma possa essere concesso dall’autorità giudiziaria quando questa riconosca che la domanda risponde alle esigenze di accessibilità - di cui alla legislazione relativa ai portatori di handicap - degli edifici destinati ad uso abitativo.*”

Il ragionamento della Consulta si sviluppa con la seguente argomentazione “*L’art. 1052 cod. civ. disciplina l’ipotesi di costituzione di passaggio coattivo a favore di fondo non intercluso, che cioè abbia un proprio accesso alla via pubblica, tuttavia inadatto o insufficiente ai bisogni del fondo e non ampliabile. Va premesso che l’“ampliabilità” di cui alla citata disposizione deve essere intesa, secondo la giurisprudenza di legittimità, non in senso letterale, cioè con riferimento alla sola larghezza del passaggio, ma nel più ampio e generico significato di riducibilità a sufficienza e adeguatezza.*”

L'accesso alla pubblica via va, d'altro canto, considerato non ampliabile non soltanto quando il suo adeguamento sia materialmente impossibile, ma anche quando risulti eccessivamente oneroso o difficoltoso, secondo la disposizione di cui al primo comma dell'art. 1051 cod. civ., ritenuta dalla giurisprudenza applicabile alla fattispecie disciplinata dall'art. 1052 in virtù dell'espresso richiamo contenuto in quest'ultima norma e della evidente identità di situazione e di ratio giustificatrice. La concessione del passaggio coattivo è subordinata, dalla norma denunciata, non solo alla inadeguatezza dell'accesso alla via pubblica e alla sua non ampliabilità, ma anche alla sussistenza di una ulteriore condizione, rappresentata dalla circostanza che la domanda risponda "alle esigenze della agricoltura o dell'industria". Con tale disposizione - ignota al codice civile previgente - il legislatore, per il caso di fondo non intercluso, ha inteso ricollegare la costituzione della servitù coattiva di passaggio non soltanto alle necessità del fondo (come nel caso di costituzione di servitù a favore di fondo intercluso), ma anche alla sussistenza in concreto di un interesse generale, all'epoca identificato nelle esigenze dell'agricoltura o dell'industria. Mentre estranee alla previsione della norma e prive, pertanto, di ogni rilievo ai fini della costituzione del passaggio coattivo risultano le esigenze abitative, pur se riferibili a quegli interessi fondamentali della persona la cui tutela è indefettibile. Ed è in relazione a quest'ultimo aspetto che la norma si pone, come si vedrà, in contrasto con i principi costituzionali evocati dal rimettente."⁴⁵

L'insegnamento della Consulta è fatto proprio dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione che ha ripreso il tema della valutazione di interessi fondamentali della persona fra le esigenze da valutare per ammettere il (secondo) passaggio coattivo su fondo altrui⁴⁶.

⁴⁵ La decisione riferita è stata oggetto di critiche da parte del GAZZONI, *Disabili e tutela reale*, in *Riv. not.*, 1999, 978.

⁴⁶ Si veda Cass., 03 agosto 2012, n. 14103 dove in massima si legge "Ai sensi dell'art. 1052 c.c. - da leggere alla luce di C. cost. n. 167 del 1999 - la costituzione coattiva di una servitù di passaggio carrabile in favore di un fondo non intercluso può avvenire non soltanto in presenza di esigenze dell'agricoltura o dell'industria, bensì anche ai fini di consentire una

Da tale angolo visuale, assistiamo ad un superamento della separazione tra le discipline della costituzione economica ed il cuore dei principi costituzionali ispiratori della Carta, trasfusi negli art. 2 e 3. L'inclusione, nelle ipotesi di ampliamento coattivo della servitù di passaggio ex art. 1052 cod. civ., dell'esigenza di accessibilità alla casa di abitazione risponde a questi principi e, più in generale, *“al principio personalistico che ispira la Carta Costituzionale e che pone come fine ultimo dell'organizzazione sociale lo sviluppo di ogni singola persona umana”*⁴⁷.

Il cambiamento di prospettiva è notevole, in quanto il 2° co. dell'art. 1052 c.c. fa esclusivamente riferimento ai bisogni dell'agricoltura o dell'industria che non solo prescindono dal suo titolare, ma che rimandano a ragioni di interesse economico generale, nell'ottica tipica della concezione codicistica dell'impiego della terra per la realizzazione di scopi produttivi⁴⁸ che rappresentano ipotesi per nulla ragguagliabili all'esercizio del diritto di abitazione da parte del portatore di *handicap*⁴⁹.

È stato acutamente osservato che il diritto alla casa, visto come corollario della funzione sociale della proprietà, fornirebbe la chiave per inserire fra le esigenze, giustificative del passaggio coattivo, l'esercizio del pieno e comodo diritto di abitazione. In tale prospettiva: *“Se le potenzialità abitative debbono essere assicurate allora un comodo accesso utile per i portatori di handicap rientra inevitabilmente nei fabbisogni del fondo, il quale senza quel comodo accesso potrebbe offrire abitazione soltanto a coloro che non necessitano dell'ausilio di mezzi meccanici per i loro spostamenti.*

piena accessibilità alla casa di abitazione.”

⁴⁷ Cfr. Cass. n. 14103 del 2012 *cit.*

⁴⁸ Cfr. TRIOLA, *Le servitù*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da SCHLESINGER, Milano 2008, p. 276.

⁴⁹ Lungo la direttrice di dare rilievo alle esigenze personali si colloca la recente Cass, 22 settembre 2015 n. 18660 a tenore della quale: *“L'aggravio che consente il trasferimento della servitù ex art. 1068, comma 2, c.c. non riguarda solo le esigenze del fondo servente, ma anche le esigenze delle persone che su quel fondo vivono, come nel caso in cui il transito veicolare evidenzia rischi sopravvenuti (nella specie, per la presenza abitativa di un bambino in tenera età).”*

La tutela di costoro rimarrebbe però un effetto mediato della destinazione del fondo, aspetto al quale dà valore già il comma 1 dell'art. 1052 c.c. (Cass. 29 febbraio 2012 n. 3125) la cui ratio consente all'interprete una analisi sulle intrinseche caratteristiche del bene e sulle utilità ad esso rinvenienti dalla costituzione della servitù di passaggio, restando la disposizione del comma 2 regola speciale legata, se lo si vuole ancora, all'industria e all'agricoltura, attività capaci di generare vantaggio all'intera collettività.”⁵⁰

⁵⁰ COSTANZA, *Nota* a Corte di Cassazione 3 agosto 2012, n. 14103, in *Giustizia Civile*, 2013, pag. 121

CAPITOLO III

ONERI REALI E OBBLIGAZIONI PROPTER REM

Sommario: 1 *Gli oneri reali.* 2. *Le obbligazioni propter rem.* 3. *Il principio della tipicità delle obbligazioni propter rem nella giurisprudenza* 4. *Il principio di tipicità degli oneri reali;* 5.- *Limitazioni in tema di condominio di edifici: servitù, oneri reali o obbligazioni propter rem?*

1. Gli oneri reali

L'onere reale è un vincolo che inerisce ad un immobile obbligando tutti i successivi proprietari al pagamento di prestazioni periodiche.

Per la giurisprudenza: «*il tratto specifico e qualificante dell'onere reale [...] nell'inerenza ad un fondo ("nella qualità giuridica inseparabile dal fondo stesso"), per cui il proprietario risulta obbligato, per il sol fatto di essere tale, ad effettuare prestazioni positive e periodiche, di "dare" o di "facere", in favore del solo proprietario di un altro fondo (o di un soggetto diverso)*»⁵¹ Cass., sez. II, 5 settembre 2000, n. 11684, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1314.

L'onere reale è alcune volte assimilato all'obbligazione reale in forza

⁵¹ Cass., 5 settembre 2000, n. 11684, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1314

del fatto che entrambe le figure sono caratterizzate dall'ambulatorietà del rapporto obbligatorio.

Gli oneri reali costituiscono una figura di origine medievale, derivando da un'antica consuetudine delle popolazioni germaniche (la c.d. *servitus iuris germanici*). Essi si individuano, precisamente, in un vincolo imposto su di un fondo, in forza del quale un determinato soggetto, per il sol fatto di essere il proprietario o comunque il titolare di un diritto reale o anche mero possessore dello stesso, è obbligato ad eseguire prestazioni periodiche di dare o di fare a favore di un altro; quest'ultimo, a sua volta, è titolare oltre al diritto a ricevere dette prestazioni, anche alla facoltà di esproprio del fondo gravato, potendosi così soddisfare in via esecutiva sul bene del debitore in caso di suo inadempimento.

L'onere reale è disciplinato nel codice tedesco (BGB), che al §1105 definisce il *Reallast*, quale peso gravante sul fondo, di guisa che «dal fondo» medesimo devono essere pagate prestazioni periodiche a colui in favore del quale il peso è costituito; il successivo § 1111 precisa che l'onere reale può anche essere costituito a favore di una determinata persona, ancorché non proprietaria di un fondo. Si sostanzia essenzialmente in una prestazione dovuta a titolo di diritto reale che la stessa dottrina tedesca definisce «*un quasi-mostro*»⁵².

In vero, non sembra che il nostro ordinamento conosca questa figura, ed a conferma di ciò potrebbe richiamarsi la mancanza di espressa previsione normativa che definisca l'onere reale o che ne detti la disciplina⁵³.

È all'opera della dottrina che si deve l'individuazione, in talune fattispecie problematiche, della presenza dell'onere reale.

⁵² POLLICE, *op. cit.*, p., 171; cfr. DITTMANN, *Sachenrecht*, in *Staudingers Kommentar zum B.G.B.*, III, 2, Berlin 1963, 1267 ss.

⁵³ In tal senso BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da CICU E MESSINEO e continuato da MENGONI, Milano, 1984; diversa la posizione di GANDOLFI, v. *Oneri reali*, in *Enc. del dir.*, XXX, Milano, 1980.

Spesso in giurisprudenza si parla di oneri reali per classificare le disposizioni contenute nei regolamenti condominiali, che si caratterizzano dal limitare i diritti di proprietà esclusiva dei singoli condomini. In tali ipotesi, in realtà, si fa un uso del termine tecnico, o più precisamente lo si usa con un significato diverso da quello storicamente definito in quanto non si allude a prestazioni positive ma a modi d'uso delle singole unità immobiliari⁵⁴.

Sebbene il dato caratterizzante l'istituto *de quo* sia l'inerenza ad un fondo esso si distingue dal rapporto di servitù: in quanto non è costituito per realizzare un'utilità prediale, bensì di natura personale, traducendosi in un vincolo imposto non già sul fondo servente a vantaggio del fondo dominante, bensì a carico del proprietario e a favore del creditore; in secondo luogo, la prestazione cui è tenuto l'onereato ha contenuto positivo, in palese contrasto col principio *servitus in faciendo consistere nequit*.

Va inoltre sottolineato che è la stessa configurabilità di oneri reali nell'attuale sistema ad essere oggetto di discussione.

Invero, da un lato, è diffusa l'opinione di quanti riconoscono a tale figura ampio spazio nell'ambito della cornice codicistica, riconducendo ad essa le fattispecie tipizzate dagli artt. 860, 864⁵⁵, 850, 868, 920 e 960 ss. c.c.

Altra parte della dottrina, con una posizione diametralmente opposta alla precedente, ne afferma la scomparsa nell'odierna legislazione, specificando che le figure tradizionalmente qualificate come oneri reali altro non sarebbero che ipotesi di servitù prediali ovvero, qualora abbiano ad oggetto prestazioni di fare, semplici obbligazioni.

In posizione intermedia, vi è infine chi riconosce esclusivamente una

⁵⁴ A questo proposito, *Cass.*, 30 luglio 1990, n. 7654, in *Arch. Loc.*, 1990, 703; *Cass.*, 28 luglio 1990, n. 7610, *ivi*, 1991, p. 75.

⁵⁵ GUARINO, *Natura giuridica dei contributi di bonifica*, 1998, 5.

rilevanza meramente residuale nel nostro ordinamento della figura in esame, ritenendo che essa, costituisce solo il portato di passati riconoscimenti, spesso derivanti dal dominio temporale del Papato e legati al problema delle rendite ecclesiastiche, si risolve in antichi rapporti non ancora affrancati né aboliti⁵⁶.

Altrettanto controversa è la natura giuridica degli oneri in parola, dal momento che gli stessi presentano una commistione di elementi di ordine al contempo reale e personale.

Per la dottrina tradizionale, la figura in questione si colloca nella categoria dei diritti reali, in particolar modo evidenziando l'inerenza del diritto alla cosa, che garantisce il soddisfacimento dell'interesse del titolare, dato l'automatico trasferimento del peso in capo all'acquirente del fondo; di qui l'opponibilità dello stesso *erga omnes* al pari di quanto avviene per i diritti reali.

In vero, però, in tempi più recenti si è andata affermando anche l'opinione di quanti costruiscono gli oneri reali come diritti di credito assistiti da una garanzia reale: in particolare, da una parte si sottolineano le sopra indicate differenze rispetto alle servitù, dall'altra si evidenzia la mancanza di un potere immediato del titolare sulla *res*, laddove l'immediatezza connota invece il contenuto dei diritti reali. Si aggiunge, ancora, l'impossibilità di accostare l'onere reale all'ipoteca: se è vero che in entrambi gli istituti il creditore gode di una posizione privilegiata in sede di distribuzione del ricavato della vendita forzata del bene, è altrettanto vero che mentre l'ipoteca è un diritto accessorio al credito garantito ed avente fonte in un titolo autonomo, nell'onere reale la prelazione sul bene ne connota il contenuto pur in assenza di un titolo distinto.

Ben vero, la questione relativa alla natura giuridica dell'onere reale non ha una rilevanza meramente teorica. Infatti, da un lato, essa è strettamente legata ad altra questione, altrettanto controversa e dibattuta,

⁵⁶ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 272.

relativa all'ambito operativo dell'autonomia privata in materia; in particolare, affermare la realtà della figura *de qua* significherebbe affermarne la tipicità, in ossequio al principio del numero chiuso dei diritti reali; per contro, riconoscerne la natura obbligatoria dovrebbe comportare l'inoperatività di detto principio, anche se autorevole dottrina, pur escludendone il carattere reale, ritiene che il principio di relatività del contratto (art. 1372 c.c.) precluda comunque ai privati di prevedere nuove ipotesi di oneri reali. Dall'altro lato, diversi sono i rimedi esperibili nel caso di violazione di un diritto reale o di inadempimento di una obbligazione, potendosi nel primo caso esercitare *erga omnes* un'azione reale e nel secondo far valere solo la responsabilità contrattuale del debitore *ex art. 1218 c.c.*

In dottrina sono stati indicate, quali esempi di oneri reali, due figure in particolare: la rendita fondiaria e il canone enfiteutico, su quest'ultimo anche la giurisprudenza, con decisione ormai datata, così si esprimeva: «*data la natura di onere reale da attribuirsi al canone enfiteutico, questo inerisce al fondo gravato e si trasferisce, col possesso e il godimento del fondo, dal vecchio al nuovo utilista*»⁵⁷,

L'accostamento non convince.

Nella rendita fondiaria⁵⁸ (definita un tempo censo riservatario) una parte conferisce all'altra il diritto di esigere in perpetuo la prestazione periodica di una somma di danaro o di una certa quantità di cose fungibili quale corrispettivo dell'alienazione di un immobile (e, nella rendita semplice, della cessione di un capitale); ovvero quale onere dell'alienazione gratuita di un immobile (o della cessione gratuita di un capitale) (artt. 1861, 1863 cod. civ.). In realtà, già sotto la vigenza del codice del 1865 - pur in presenza di una non limpida formulazione dell'art. 1786 che sembrava alludere ad un'obbligazione del fondo - si escludeva che

⁵⁷ Cass., 21 dicembre 1945 n. 839, *Rep. Giur. It.*, 1945, 19)

⁵⁸ POLLICE, *Introduzione allo studio dei diritti reali*, cit, 172.

la rendita fondiaria costituisse un diritto reale speciale. Chiarissimo è, invece, sul punto il codice attuale, che costruisce il “debito della rendita” come rapporto obbligatorio del tutto svincolato dall’immobile alienato sul quale potrà, semmai, iscriversi ipoteca legale a garanzia degli obblighi che derivano dall’atto di alienazione (arg. ex art. 2817, sub n. 1, cod. civ.). In tal senso muove l’art. 1868 cod. civ. nella parte in cui dispone che si fa luogo a riscatto allorché il terzo acquirente del fondo che garantisce la rendita non abbia assunto il debito o non si dichiari pronto ad assumerlo. Il disposto non avrebbe trovato alcuna ragione d’essere ove la rendita perpetua fosse stata un onere reale: cioè un diritto reale munito come tale del seguito.

Anche per quanto riguarda il canone enfiteutico⁵⁹, va rilevato che esso non ha carattere di prestazione fondiaria, rappresentando il corrispettivo che l’enfiteuta deve al concedente per il godimento del fondo enfiteutico. È pur vero che il diritto al canone è fornito di seguito - cioè, passa a carico del terzo acquirente del fondo enfiteutico (art. 967 cod. civ.) - che è questa una caratteristica propria della realtà. In proposito, si potrebbe argomentare che vi sono anche diritti di credito forniti del diritto di seguito come, ad esempio, il diritto del conduttore che è opponibile al terzo acquirente della cosa locata (arg. ex art. 1599 cod. civ.). Ora, dato che sulla natura del diritto del conduttore vi sono opinioni contrastanti, è preferibile condurre l’esame partendo da un diverso punto di vista.

L’idea del canone enfiteutico come onere reale potrebbe, forse, trovare un più sicuro appiglio se si dovesse ritenere che l’enfiteuta sia il vero proprietario del fondo enfiteutico (ric conducendo, in tal modo, l’enfiteusi alla vendita) di guisa che in favore del concedente residuerebbe solo il diritto al canone. Ma il dato normativo contrasta con tale soluzione e specificamente l’art. 970 cod. civ., a mente del quale il diritto

⁵⁹ POLLICE, *Introduzione allo studio dei diritti reali*, op. ult. cit., 173.

dell'enfiteuta si prescrive per non uso ventennale, cioè per prescrizione estintiva; là dove il diritto del concedente, quale diritto di proprietà, è imprescrittibile. Conseguente, che, estinto il diritto dell'enfiteuta, resta, ri-espanso nella sua totalità, quello del concedente/proprietario. Per cui è, allora, da escludere che il canone enfiteutico sia ragguagliabile all' onere reale, restando, in vero, un diritto di credito, pur se collocato nella disciplina dei diritti reali di godimento su cosa altrui.

Piuttosto, il canone enfiteutico è correttamente inquadrato nella categoria delle obbligazioni reali, quali obbligazioni ambulatorie che gravano via via sui titolari di diritti immobiliari, mentre è senza dubbio da escludersi l'avvicinamento di questa figura ai modelli di oneri reali, recepiti nella codificazione tedesca (*Reallasten*).

2. *Le obbligazioni propter rem*

In una posizione intermedia tra gli *iura in re aliena* e i diritti di credito si collocano le *obligationes propter rem*. «*Nell'obbligazione propter rem esiste una connessione indissolubile tra obbligazione e la cosa, per cui risulta debitore colui il quale nei confronti della cosa gode di una posizione di diritto reale*»⁶⁰. Ancora «*sussiste la figura dell'obbligazione propter rem ogni qualvolta ad un diritto reale, esclusivo o frazionario, si accompagna una obbligazione, la cui origine si riconduce alla titolarità del diritto sul bene: donde la contestuale titolarità in capo allo stesso soggetto del diritto e dell'obbligo. La connessione tra diritto e obbligo consiste in ciò che, a certe condizioni, l'obbligazione segue le vicende del diritto, trovando la propria ragion d'essere nella titolarità, o contitolarità, del diritto reale, in virtù del principio per cui ai vantaggi si accompagnano taluni eventuali riflessi negativi (cuius comoda eius et incomoda)*»⁶¹

⁶⁰ Cass., 05 settembre 2000, n. 11684, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1314;

⁶¹ Cass., 18 aprile 2003, n. 6323

Il contenuto di tali obbligazioni può individuarsi in una certa attività che il proprietario è tenuto a compiere in favore del titolare di un diritto reale minore, oppure, nel caso della contitolarità, in favore di altro comproprietario; in sostanza, è espressione di una relazione tra titolari di diritti reali di contenuto differente, ovvero tra contitolari di un diritto reale, secondo lo schema che è proprio del rapporto obbligatorio.

Connotati peculiari dell'istituto in parola, ai sensi di quanto afferma la giurisprudenza di legittimità⁶² sono:

l'accessorietà rispetto ad un rapporto di natura reale;

l'ambulatorietà (dal lato soggettivo passivo), ossia l'automatico trasferirsi dell'obbligo a seguito del trasferimento del diritto reale cui esso è collegato.

Esse, infatti, sono collegate alla proprietà o ad altro diritto reale su un immobile, si trasferiscono automaticamente in capo all'acquirente del bene medesimo, ancorché lo stesso non sia a conoscenza della loro esistenza al momento dell'acquisto: si effettua, in questo modo, una forma anomala di successione nel lato passivo del rapporto obbligatorio, non essendo eccezionalmente subordinata al consenso del creditore.

Si tratta di una figura che è frutto di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sia pur supportata da (scarne) indicazioni testuali presenti nel codice.

Generalmente si annoverano in tale figura:

a) l'obbligo dei proprietari del muro di contribuire alle spese necessarie di riparazione e ricostruzione, art. 882, 1°co.⁶³;

b) le obbligazioni tra usufruttuario e nudo proprietario sia di contenuto positivo (artt. 989, 991, 993, 994, 1002, 1003, 1004, 1012, 1°co.,

⁶² V. per tutte, Cass. n. 8, 1997, in *Giur. it.*, 98, 262.

⁶³ Contro in dottrina, GARDANI CONTURSI-LISI, *Distanze legali*, in Enc. del Dir., XIII, Milano, 1964, 304, che invece attribuisce prevalentemente carattere di onere reale, sull'attestazione che esso passa, col trasferimento della cosa, a qualsiasi titolare.

2561, 2°co., cod. civ) che di contenuto negativo (artt. 981, 987, 1006, cod. civ.);

c) le prestazioni positive dovute dal titolare del diritto d'uso e del diritto di abitazione nei confronti del proprietario ex art. 1025 cod. civ.;

d) gli obblighi dell'enfiteuta nei confronti del concedente di pagare il canone e di migliorare il fondo (art. 960 cod. civ.);

e) le prestazioni accessorie dovute nelle servitù dal proprietario del fondo servente (artt. 1030, ult. parte, 1069, 3°co., 1091 cod. civ.);

f) gli obblighi previsti in sede di comproprietà per la conservazione e l'amministrazione ordinaria e straordinaria del bene in comune (artt. 1104, 1104, 1108 cod. civ.);

g) gli obblighi previsti in tema di condominio (artt. 1118, 1123, 1126, 1127 cod. civ.).

Non tutte le fattispecie appena riferite sembrano rientrare nello schema delle obbligazioni *propter rem*. Dubbi possono sorgere «*per le ipotesi rimesse alla determinazione del precetto privato ... deve darsi atto che vi è una tendenza ad allargare il novero oltre la previsione legislativa: tendenza che asseconda quel processo di revisione dei diritti reali [...]. Al riguardo, si ha l'impressione che l'obbligazione propter rem è sovente adoperata come una sorta di contenitore generico nel quale riproporre obbligazioni poste a carico del proprietario che non trovano alcuna collocazione nello schema delle servitù*⁶⁴» .

Con riguardo alla loro “*natura*”, alcuni autori sono soliti predicare il loro carattere reale; resta, tuttavia, più diffusa l'idea di chi preferisce assimilarle, sia pure con propria connotazione, alle obbligazioni. In tal senso, deporrebbe la prestazione di “*fare*” che grava sull'obbligato; laddove caratteristica comune ai diritti reali minori – il raffronto più immediato è con la servitù – è sempre quella di non obbligare chi subisce

⁶⁴ POLLICE, *Introduzione allo studio dei diritti reali*, cit., p. 167.

la limitazione (proprietario del fondo servente, nudo proprietario) a comportamenti attivi. Tra l'altro l'obbligazione reale non evidenzia un rapporto/vantaggio fondiario; essa pone, invece, in luce un rapporto obbligatorio tra due soggetti sia pure individuato attraverso la relazione che hanno con la cosa.

Si tratta, lo si è già accennato, di obbligazioni che hanno un loro speciale statuto e che hanno, a tenore di consolidato orientamento giurisprudenziale, il carattere della tipicità; l'autonomia privata, in altri termini, non può dar vita ad obbligazioni reali diverse da quelle previste dal legislatore.

Ben vero, fino agli inizi degli anni '50, si ammetteva la possibilità di costituire obbligazioni reali atipiche, non previste, cioè, dal legislatore⁶⁵.

La ragione era quella di consentire, per questa via, la regolamentazione dei rapporti giuridici tra i proprietari dei terreni confinanti in caso di lottizzazione, stante l'impossibilità di ammettere la costituzione di servitù reciproche che erano ritenute, all'epoca, con il carattere della unilateralità proprio delle servitù prediali.⁶⁶

Successivamente, vi è un'evoluzione giurisprudenziale su due fronti:

- da un lato si riconosce la possibilità di costituire servitù reciproche sulla base della seguente motivazione: «...rispetto a due servitù distinte ed autonome, ma di analogo - anche se non identico - contenuto, uno stesso fondo è considerato dominante nell'una e servente nell'altra».⁶⁷

- dall'altro si afferma che l'ammissibilità di obbligazioni reali atipiche

⁶⁵ Nel senso della atipicità, v. Cass., 9 luglio 1946, n. 824, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1946, 1, 2, 722; Cass., 6 febbraio 1946, n. 107, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1946, 1, 317; Cass., 28 giugno 1930, in *Foro it.*, 1930, I, 693; Cass., 21 marzo 1927, in *Riv. dir. comm.*, 1927, II, 621

⁶⁶ Cfr. *ex pluribus*, Cass. 9 luglio 1946, n. 824.; Cass. 6 febbraio 1946, n. 107.

⁶⁷ Così Cass., 5 ottobre 1974, n. 2619, riguardante una fattispecie di più vendite successive di lotti edificabili, con imposizione, da parte del venditore, di vincoli reciproci all'edificabilità; in senso sostanzialmente conforme, v. Cass., 23 luglio 1986, n. 4697; Cass., 25 maggio 1973, n. 1528, Cass., 19 maggio 1969, n. 1738.

rappresenterebbe una lesione del principio del numero chiuso dei diritti reali proprio per il fatto che tali obbligazioni – inerendo astrattamente ad un diritto reale – possono modificarlo, con l'effetto di dar vita ad un nuovo diritto reale (atipico). Inoltre, si osserva che la configurabilità di obbligazioni reali atipiche lederebbe il principio di relatività del contratto (*“il contratto ha forza di legge tra le parti”*: art. 1372, 1° co., cod. civ.) stante la previsione pattizia di obblighi a carico anche degli eventuali terzi acquirenti del bene.

3. Il principio della tipicità delle obbligazioni propter rem nella giurisprudenza

Una nota pronuncia della Cassazione del 1951 fissa i caratteri delle obbligazioni reali escludendo la possibilità, sino a quel momento ammessa, di poterne costituire di atipiche.

*«Le obbligazioni reali costituiscono figure tipiche legali: esse possono sorgere per contratto solo nei casi e con contenuto espressamente previsti dalla legge. Pertanto, in tema di comunione, ove la relativa disciplina prevede solo obbligazioni di dare, non è lecito all'autonomia privata creare obbligazioni in faciendo vincolanti i terzi acquirenti a titolo particolare della quota di uno dei contraenti»*⁶⁸

L'orientamento riportato è divenuto ormai costante: Pertanto *«le obbligazioni propter rem, oltre che dalla accessorietà e dalla ambulatorietà dal lato soggettivo passivo, sono caratterizzate, al pari dei diritti reali, dal requisito della tipicità, con la conseguenza che non possono essere liberamente costituite dall'autonomia privata, ma sono ammissibili soltanto quando una norma giuridica*

⁶⁸ Si veda Cass., 18 gennaio 1951, in *Giur.it.*, 1952, I, 1, 29, anche in *Giur. compl.*, *Cass. civ.*, 1951, I, 249 ss, con nota adesiva di GROSSO, *Tipicità delle obbligazioni propter rem*; successivamente, v. Cass., 7 settembre 1978, n. 4045, in *Foro it.*, 1979, I, 726, Cass., 8 luglio 1981, n. 4477, in *Foro It.*, 1982, I, 152 ss.; Cass. 20 agosto 1993, n. 8797, in *Mass.*, 1993; Cass. 2 gennaio 1997, n. 8, in *Giur. it.*, 1998, 262).

*consente che in relazione ad un determinato diritto reale in considerazione di esigenze permanenti di collaborazione e di tutela di interessi generali il soggetto si obblighi ad una prestazione accessoria, che può consistere anche in un *facere**». ⁶⁹

Dall'affermazione del principio di tipicità delle obbligazioni reali discendono conseguenze applicative significative, in particolar modo rispetto alla trascrizione.

In passato, avendo la giurisprudenza riconosciuto ampio spazio all'autonomia privata, riteneva che le obbligazioni reali atipiche fossero opponibili ai terzi mediante la trascrizione del titolo.⁷⁰

A seguito del nuovo orientamento, la trascrizione risulta non più possibile⁷¹.

In questo quadro di considerazioni, si tenga conto che quella esigenza che la giurisprudenza cercava di tutelare ammettendo, per un verso, la possibilità di costituire obbligazioni reali atipiche, ma al tempo stesso negando la configurabilità delle servitù reciproche [esigenza sorta con lo sviluppo dell'edilizia residenziale e dello strumento della lottizzazione] risulta superata proprio col riconoscimento delle servitù reciproche.

4. Il principio di tipicità degli oneri reali: due orientamenti a confronto

Anche con riferimento all'ambito operativo dell'autonomia privata in materia di oneri reali⁷² si registra una significativa evoluzione giurisprudenziale.

⁶⁹ Cass., 2 gennaio 1997, n. 8, in *Corr. giur.*, 1997, 556; Cass., 8 luglio 1981, n. 4477, in *Foro it.*, 1982, I, 152; Cass., 23 agosto 1978 n. 3931, in *Mass. Giust. civ.*, 1978, p. 1642; Cass., 29 febbraio 1960, n. 392, in *Rep. giur. it.*, 1960.

⁷⁰ Cfr. *Cass.*, 6 febbraio 1946, n.107, cit.; *Cass.*, 9 luglio 1946, n. 824, cit.).

⁷¹ Cfr. *Cass.*, 29 ottobre 1955, n. 3554, in *Mass. Giur. it.*, 1955, 874; *Cass.*, 26 giugno 1952, n. 1986, in *Giur. it.*, 1953, I, 1, 147; Trib. Firenze, 13 gennaio 1959, in *Giur. it.*, 1960, I, 2, 929; App. Firenze, 15 gennaio 1963, in *Giur. tosc.*, 1963, 164

⁷² In dottrina, si veda GANDOLFI, voce *Onere reale*, in *Enc. del dir.*, XXX, Milano, 1980, 127 ss.

Il giudice di legittimità, fino agli anni Cinquanta, riconosceva la costituzione consensuale di oneri gravanti sulle proprietà immobiliari ed opponibili ai terzi tramite la trascrizione. Ad esempio, in un caso concreto, in presenza di una clausola inserita in un contratto di compravendita di un terreno che stabiliva l'obbligo di mantenere su di esso le future costruzioni ad una determinata distanza da un edificio preesistente, la Suprema Corte escludeva che simili limitazioni fossero configurabili come servitù: «*perché in esse non si concreta la prestazione di una utilità da uno ad altro fondo*»; aggiungendo che, accanto alle limitazioni poste dalla legge in tema di rapporti di vicinato, devono ritenersi ammissibili anche «*quelle che, nella stessa materia e nel medesimo campo, sono stabilite dalla libera volontà delle parti, quando naturalmente non siano contrarie all'ordine pubblico, in quanto queste seconde, al pari delle prime, mirano a stabilire un rapporto di equilibrio fra i diritti contrastanti*»⁷³.

La liceità di tali pattuizioni veniva, però, subordinata al «*limite che la proprietà non fosse sottoposta ad oneri tali che il diritto del proprietario venisse praticamente svuotato del suo contenuto essenziale, in modo da rendere questo quasi illusorio*».⁷⁴

Successivamente, la giurisprudenza si è ripetutamente espressa a favore della tipicità degli oneri reali. Il *revirement* si è avuto con una nota sentenza della Cassazione del 1955 che, in relazione al patto con cui veniva assunto l'impegno a «*sopportare in futuro sul confine la costruzione di una latrina*», ha escluso tanto l'esistenza di una servitù, dal momento che la clausola in oggetto «*non consentiva nemmeno di stabilire con la necessaria precisione quale sarebbe stato il fondo servente*», quanto l'esistenza di un onere reale (oltre che di una obbligazione *propter rem*) perché «*in omaggio al principio della libertà dei fondi e nell'interesse generale dell'incremento della produzione, le predette figure non possono avere*

⁷³ In tal senso: Cass., 14 gennaio 1946, n. 37, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, 390; in senso conforme, v. già Cass., 29 maggio 1939, n. 1806, in *Giur. it.*, 1939, I, 934.

⁷⁴ Così App. Milano, 10 dicembre 1954, in *Mon. trib.*, 1955, 414

un'applicazione generale e illimitata, ma costituiscono figure tipiche ammissibili soltanto nei casi previsti dalla legge»⁷⁵.

Rispetto a tale ormai consolidato orientamento vi è qualche rara decisione che ritiene ammissibile la costituzione convenzionale di oneri reali. Le ipotesi sono quella della costituzione di vincoli di fonte non legale il cui contenuto non si esaurisca necessariamente in obblighi di contribuzione, ma si estenda alla predeterminazione delle modalità d'uso dei fondi⁷⁶; ovvero di limitazioni che restringono i poteri e le facoltà del singolo condomino sulla cosa in proprietà esclusiva dirette ad una migliore utilizzazione collettiva dell'edificio⁷⁷.

5. Limitazioni in tema di condominio di edifici: servitù, oneri reali o obbligazioni propter rem?

In materia di condominio degli edifici si è soliti prevedere, nel regolamento o nel titolo d'acquisto, limitazioni ai poteri e alle facoltà che sulle parti di proprietà esclusiva hanno i singoli condomini, il tutto per garantire il migliore godimento della cosa comune o del bene altrui.

La Suprema Corte è intervenuta sul punto, distinguendo a seconda che dette limitazioni siano configurabili in termini di servitù, oneri reali oppure obbligazioni *propter rem*, individuando i caratteri distintivi delle figure in questione ed evidenziando le differenti conseguenze applicative.

A tal proposito, è stato sottolineato che «*con il regolamento condominiale possono esser costituite a carico di unità immobiliari di proprietà esclusiva e a vantaggio di altre unità abitative, cui corrisponde il restringi-*

⁷⁵ Cass., 29 ottobre 1955, n. 3554, in *Giust. civ.*, 1956, I, 428

⁷⁶ Cass., 7 marzo 1983, n. 1681; Cass., 14 aprile 1983, n. 2610

⁷⁷ Cass., 18 ottobre 1991, n. 11019; Cass., 26 ottobre 1974 n. 3168; Cass., 24 luglio 1972, n. 2524

mento e l'ampliamento dei poteri dei rispettivi proprietari, o possono imporsi prestazioni positive a carico dei medesimi e a favore di altri condomini o di soggetti diversi, ovvero possono limitarsi il godimento o l'esercizio dei diritti del proprietario dell'unità immobiliare. Nel primo caso è configurabile un diritto di servitù; nel secondo un onere reale e nel terzo un'obbligazione propter rem...»⁷⁸. Tuttavia, «occorre accertare se siano state costituite servitù reciproche, oneri reali o obbligazioni propter rem, in quanto le diverse categorie si contrassegnano per importanti differenze relativamente alla disciplina»; in particolare, per quanto attiene alla pubblicità «se i vincoli imposti con il regolamento si considerano come oneri reali o come obbligazioni propter rem, essi non possono trasciversi, perché dalla legge non è previsto che gli oneri o le obbligazioni reali si trascrivano nei pubblici registri immobiliari. Per contro, se i vincoli si configurano come servitù prediali reciproche tra cose in proprietà separata esistenti nello stesso edificio, detti vincoli possono essere trascritti nei registri immobiliari»⁷⁹.

Per completezza, è opportuno segnalare che, in tema di condominio degli edifici, è la stessa disciplina codicistica a prevedere ipotesi tipiche di obbligazioni reali. Ne costituiscono esempi significativi le disposizioni di cui agli artt. 1118, comma 2 e 1123 c.c., che nello stabilire i criteri di distribuzione delle spese per la conservazione ed il godimento delle parti comuni dell'edificio tra i diversi condomini, ad esse tenuti *propter rem*, ribadiscono la regola generale posta dall'art. 1104 c.c. per cui «tra le spese indicate» dal succitato articolo, «soltanto quelle per la conservazione della cosa comune costituiscono "obligationes propter rem" - e per questo il condomino non può sottrarsi all'obbligo del loro pagamento, ai sensi dell'art. 1118, comma 2, c.c., che invece, significativamente, nulla dispone per le spese relative al godimento delle cose comuni » per cui, nel caso esaminato dalla Suprema Corte, con riferimento alla possibilità per il condomino di distaccarsi dal riscaldamento centralizzato, si sostiene

⁷⁸ Così Cass, 5 settembre 2000, n. 11684, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1314

⁷⁹ Cass., 5 settembre 2000 n. 11684, cit

che «è legittima la rinuncia di un condomino all'uso dell'impianto di riscaldamento centralizzato (purché questo non ne sia pregiudicato), con il conseguente esonero, in applicazione del principio contenuto nell'art. 1123, comma 2, c.c., dall'obbligo di sostenere le spese per l'uso del servizio centralizzato; è invece obbligato a sostenere le spese dell'eventuale aggravio derivato alle spese di gestione di tale servizio, compensato dal maggiore calore di cui beneficia anche il suo appartamento»⁸⁰.

⁸⁰ Cass., sez. II, 02.07.2001 n. 8924, in *Mass. Giur. It.*, 2001. SCARPA, *L'obbligazione propter rem dei condomini per le spese di conservazione delle parti comuni*, *Riv. giur. edilizia* 2004, 1, 107. In argomento merita essere segnalata Cass., SS.UU., 08/04/2008 n. 9148 a tenore della quale le obbligazioni condominiali hanno in ogni caso natura parziaria. Il ragionamento delle SS.UU. – che riprende un orientamento minoritario rappresentato dalla sentenza n. 8530 del 27.9.1996, secondo la quale il principio generale in tema di responsabilità dei condomini è costituito dalla parziarietà – può essere così sintetizzato: i) la solidarietà passiva esige la sussistenza non soltanto della pluralità dei debitori e della identica causa dell'obbligazione, ma anche dell'indivisibilità della prestazione comune; ii) in mancanza di indivisibilità e in difetto di espressa disposizione di legge, l'intrinseca parziarietà dell'obbligazione prevale; iii) l'obbligazione ascritta a tutti i condomini ancorché comune è divisibile, trattandosi di somma di denaro; iv) la solidarietà nel Condominio non è contemplata da nessuna disposizione di legge e l'art. 1123 c.c. non distingue il profilo interno da quello esterno; v) il Condominio non ha struttura unitaria e la sua struttura non incide sulla titolarità individuale dei diritti, delle obbligazioni e della relativa responsabilità per cui l'amministratore vincola nei limiti delle sue attribuzioni e del mandato conferitogli in ragione delle quote. Insomma, secondo le Sezioni unite le obbligazioni dei condomini sono regolate da criteri consimili a quelli dettati dagli artt. 752 e 1295 c.c. per le obbligazioni ereditarie. Concludendo la Corte afferma che il contratto stipulato dall'amministratore rappresentante, in nome e nell'interesse dei condomini rappresentati e nei limiti delle facoltà conferitegli, produce direttamente effetti nei confronti dei rappresentanti. Conseguita nel processo la condanna dell'amministratore, quale rappresentante dei condomini, il creditore può procedere all'esecuzione individualmente nei confronti dei singoli secondo la quota di ciascuno. Opinione diversa è in Cass, Sez. II, 21/10/ 2011 n. 21907 che afferma un ben diverso principio di diritto a tenore del quale: "I comproprietari di un'unità immobiliare sita in un condominio sono tenuti in solido, nei confronti del condominio, al pagamento degli oneri condominiali, sia perchè detto obbligo di contribuzione grava sui titolari del piano o della porzione di piano inteso come cosa unica e i comunisti rappresentano un insieme, sia in virtù del principio generale previsto dall'articolo 1294 del codice civile, alla cui applicabilità non è di ostacolo la circostanza che le quote dell'unità immobiliare siano pervenute ai comproprietari in forza di titoli diversi. Trattandosi di un principio informatore della materia, al rispetto di esso è

tenuto il giudice di pace, anche quando decide secondo equità ai sensi dell'art. 113, secondo comma, c.p.c.". Tuttavia il principio enunciato nel 2008 dalle SS.UU. è stato contraddetto dal legislatore che, con la riforma del condominio, ha disatteso la decisione delle Sezioni Unite della Cassazione reintroducendo la solidarietà del debito del condominio laddove, nel nuovo articolo 65 disp. att. c.c., stabilisce che i creditori non possono agire nei confronti degli obbligati in regola con i pagamenti, se non dopo l'escussione degli altri condomini. Il beneficio di escussione non esclude, quindi, che tutti i condomini, anche se adempienti, possono essere ritenuti debitori solidali nel caso di mancato pagamento da parte di uno o più condomini del debito verso i terzi.

CAPITOLO IV

VINCOLI DI DESTINAZIONE

Sommario: 1. *Il vincolo di destinazione e l'art. 2645 c.c.*; 2. *Il patrimonio separato*; 3. *Il trust. Generalità.*

1. Il vincolo di destinazione e l'art. 2645 c.c.

Assistiamo da qualche tempo, sia ad opera del legislatore che dell'autonomia privata, alla creazione di fattispecie nelle quali i beni assumono una peculiare caratterizzazione nel senso che il generale potere di godimento e disposizione, tipico della definizione di proprietà, viene compresso, o meglio asservito al raggiungimento di una finalità che è diversa da quella tradizionalmente ascritta alla proprietà e agli altri diritti reali. Analogamente a quanto capita per i diritti reali limitati, questa speciale caratterizzazione si presenta come una limitazione al diritto di proprietà posta in rapporto a una determinata finalità ovvero a un determinato soggetto. Alludiamo ai cc.dd. atti di destinazione e, quindi, alla stessa figura del trust.

Di recente, l'art. 2645 *ter* cod. civ. ha introdotto la possibilità di

conformare i diritti reali (ma il discorso investe soprattutto la proprietà) mediante l'imposizione di vincoli di destinazione trascrivibili.

In realtà tale norma non investe gli aspetti strutturali del diritto reale, ma piuttosto quelli funzionali, di guisa che il dato qualificante per l'analisi giuridica non è tanto la creazione di una “*proprietà anomala*” – che risulterebbe dalla limitazione di alcune prerogative proprietarie dipendenti dalla destinazione – quanto, piuttosto, l'opponibilità della funzione di destinazione con carattere *erga omnes*⁸¹. Ciò equivale a dire che la destinazione ha un rilievo reale in vista del soddisfacimento dello scopo. Peraltro, fermo restando i principi di tipicità e *numerus clausus*, l'art. 2645 *ter* cod. civ. non può essere interpretato alla stregua di una norma che consente all'autonomia privata di dar vita a proprietà atipiche, anche perché da tempo l'ordinamento ha già preso atto della pluralità delle forme di appartenenza e della prevalenza del *dominium utile* sul *dominium eminens*.⁸²

⁸¹ Il rapporto tra negozio di destinazione e principio di tipicità dei diritti reali va esaminato tenendo conto della distinzione tra la opponibilità – intesa come qualità normativa del titolo – e realtà – intesa come qualità del diritto nel senso dell'assolutezza della situazione dominicale. La mancata distinzione tra questi due aspetti induce a ritenere che il punto focale del diritto di proprietà stia nella disciplina della sua circolazione con la conseguenza di ritenere che l'opponibilità rappresenti il contenuto stesso della realtà, l'opponibilità è, invece, una caratteristica estrinseca al diritto ed attiene al fatto, vale a dire al titolo, di cui la legge dà un particolare trattamento normativo, affermandone la rilevanza rispetto a talune categorie di soggetti. L'opponibilità, infatti - lo ripeto - prescinde dalla natura del diritto e dal tipo di effetti che la natura produce, si ricollega esclusivamente al trattamento normativo del titolo ed è, per l'appunto, il risultato di una scelta legislativa sul come rapportare la sfera di efficacia di un diritto nei confronti degli altri soggetti. L'opponibilità, pertanto, giace su di un piano diverso rispetto alla natura del diritto. Sul punto si veda quanto osserva GEMMA, *Destinazione e finanziamento*, Torino 2005, pp. 209 ss., 222 ss.

⁸² Cfr. FALZEA, *Destinazione di beni allo scopo*, Milano, 2003; MASI, *Destinazione di beni e autonomia privata*, in AA.VV., *Destinazione di beni allo scopo*, Milano, 2003, pp. 236 ss.; DI RAIMO, *Considerazioni sull'art. 2645 *ter* c.c.: destinazione di patrimoni e categorie dell'iniziativa privata*, in *Rassegna di diritto civile*, 2007, 4, 952 e ss.; SPADA P., *Destinazioni patrimoniali e impresa*, in *Atti di destinazione e trust*, a cura di VETTORI, Padova, 2008, 329 e ss.; LUMINOSO, *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione ex*

Insomma la “*destinazione*” rappresenta una speciale caratterizzazione che si presenta alla stregua di una limitazione al diritto di proprietà posta in rapporto a una determinata finalità ovvero a un determinato soggetto. Alludiamo ai cc.dd. atti di destinazione e, quindi, alla stessa figura del trust: vicende nelle quali avviene un distacco di una parte del patrimonio di un soggetto (meglio: di beni che rientrano nella titolarità di un soggetto) per l’assolvimento di funzioni specifiche. La caratteristica principale che accomuna queste fattispecie è nel fatto che il distacco non corrisponde alla creazione di un nuovo soggetto giuridico.

Si parla, in proposito, di patrimonio separato, che è un concetto strettamente connesso alla destinazione, intesa come autonoma categoria giuridica. Autorevole dottrina identificava il patrimonio separato come il “patrimonio di destinazione costituito da un insieme di rapporti giuridici facenti capo ad un medesimo titolare”⁸³.

Da tale angolo visuale, il problema della separazione patrimoniale nell’ambito dell’attività negoziale emerge oggi indissolubilmente collegato alla causa di destinazione, anche alla luce del riconoscimento della figura generale prevista dalla legge n. 51/2006 introdotta *sub* art. 2645 *ter* c.c. In particolare ci riferiamo:

a. Al profilo attributivo, ovvero all’attribuzione di beni a soggetti terzi, che è caratteristica, peraltro non necessaria, degli atti di destinazione. La destinazione connessa ai patrimoni separati non determina attribuzioni a soggetti terzi, realizzando, invece, la frammentazione del patrimonio appartenente ad un medesimo titolare. Come risulta evidente nella figura codicistica del fondo patrimoniale (v. la massima di Cass. Sez. I, 8 settembre 2004, n. 1806584), o proprio dallo schema dei

art. 2645 *ter* c.c., in *Riv. Notariato*, 2008, 5, 993

⁸³ SANTORO PASSARELLI, *op.cit.*, *loc. cit.*

⁸⁴ In *Mass. Giust. civ.*, 2004, 9: “*la costituzione del fondo patrimoniale determina soltanto un vincolo di destinazione sui beni confluiti nel fondo stesso, affinché con i loro frutti sia assicurato il soddisfacimento dei bisogni della famiglia, ma non incide sulla titolarità della*

patrimoni societari, in cui l'atto di destinazione non determina alcuna attribuzione a soggetti terzi.

b- Ai caratteri della realtà del vincolo di destinazione, in particolare se esso vada inteso in termini di opponibilità del vincolo ai terzi⁸⁵ o invece comporti l'individuazione di una proprietà speciale, strumentale e transitoria⁸⁶. L'analisi delle ipotesi di separazione patrimoniale di fonte legale (e non negoziale), con particolare attenzione per il modello societario, ci inducono ad omettere la trattazione di questa problematica per lasciare invece spazio alle tematiche che più interessano la prassi applicativa.

2. *Il patrimonio separato*

Restano, a questo punto, da definire le ultime coordinate concettuali.

Oggi, l'apertura degli ordinamenti di *civil law* verso l'istituto del *trust*, stimola il confronto con la definizione di patrimonio segregato.

Con l'espressione patrimonio segregato si vuole intendere il complesso delle posizioni soggettive che appartengono a un soggetto, ma che, tuttavia, non risentono delle sue vicende obbligatorie generali, e quindi non formano parte del patrimonio che costituisce garanzia per i suoi creditori, eccetto quelli aventi causa dalla stessa posizione segregata, né risentono delle vicende successorie o degli effetti del regime patrimoniale prescelto⁸⁷.

proprietà dei beni stessi, né implica l'insorgere di una posizione di diritto soggettivo in favore dei singoli componenti del nucleo familiare, neppure con riguardo ai vincoli in tema di disponibilità [...]”.

⁸⁵ BIANCA M., *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 197 a 219.

⁸⁶ Questa prospettiva è propria degli autori che individuano la separazione come effetto negoziale della destinazione, in particolare PALERMO, *Sulla riconducibilità del trust interno alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, 133 ss.

⁸⁷ LUPOI, *Trust*, Milano, 1998, p. 476

Anche con riferimento a quest'ultima categoria si tratta di beni individuati e distinti dal resto del patrimonio. Tuttavia, secondo una parte dell'elaborazione dottrinale il patrimonio separato si distingue da quello segregato per la mancanza, in quest'ultimo, di comunicazione bidirezionale tra il patrimonio e il soggetto che ne è titolare.

In altri termini, manca nella segregazione propriamente detta - che si realizza compiutamente ed emblematicamente nello schema del *trust* - da un lato la potenziale comunicazione diretta degli arricchimenti di gestione dal patrimonio separato a quello generale, e dall'altro la comunicazione mediata della responsabilità dal patrimonio generale a quello separato.⁸⁸

3. *Il trust. Generalità*

Fissate queste coordinate generali, possiamo ora passare ad esaminare il problema della configurabilità nel nostro ordinamento del *trust* interno

È da dire, subito, che la figura giuridica con la quale siamo chiamati a confrontarci, nel nostro ordinamento, non è tanto quella del modello inglese, ma una serie aperta di fattispecie che appartengono agli ordinamenti di common law come a quelli di civil law. Infatti, la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 (relativa alla legge applicabile ai trust e al loro riconoscimento interno), ratificata in Italia con la L. 16 ottobre 1989, n. 364, presenta la singolarità, così discostandosi dalla abituale tecnica delle convenzioni di diritto internazionale privato, di identificare essa stessa il fenomeno giuridico che regola (si parla di “convenzione auto-referenziale”)

L'articolo 2 della Convenzione, come risulta dalla relazione finale, stabilisce infatti “cosa” si debba considerare *trust* ai fini della convenzio-

⁸⁸ LUPOI, *cit.*, p. 477.

ne stessa e ne indica gli elementi principali. Essi sono:

art. 2, 1° co. definisce in tal modo il trust: «per *trust* si intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente – con atto tra vivi o *mortis causa* – qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un *trustee* nell’interesse di un beneficiario o per un fine specifico»;

art. 2, 2° co. fissa le principali caratteristiche del trust: a) segregazione in una massa distinta che non fa parte del patrimonio del trustee; b) intestazione dei beni al nome del trustee o di un’altra persona per conto del trustee; c) poteri-doveri del trustee.

Si tratta di una definizione estremamente generica, che – non a caso – ha indotto parte della dottrina a parlare di “*trust amorfo*”

Un forte limite al ricorso in concreto a tale strumento giuridico nel nostro ordinamento è stato rappresentato dai dubbi e dalle controversie, non ancora sopite, sulla ammissibilità del cd. ‘*trust interno*’, espressione con la quale – come è noto – si è soliti indicare il *trust* privo di elementi di internazionalità (fatta eccezione per legge regolatrice del rapporto alla quale le parti fanno convenzionalmente riferimento); ossia, il *trust* costituito da cittadini italiani residenti, con beni situati in Italia, a favore di beneficiari italiani, con applicazione di legge straniera scelta dai contraenti⁸⁹.

In estrema sintesi, osserviamo che parte di autorevole dottrina nega la liceità del *trust interno*⁹⁰; anche se oggi la posizione prevalente sembra

⁸⁹ Tale la definizione di GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 983.

⁹⁰ Cfr. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998, 1330-1333; GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista non vivente su trust e trascrizione)*, in *Riv. not.*, 2001, 1254-1256; *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Riv. not.*, 2002, 1107; SCHLESINGER, *Una novella per il Trust*, in *Notariato*, 2001, 337. Ma in senso favorevole, anche alla trascrizione del *trust*, cfr. LUPOI, *Trust*, 2001, 605-608; ID., *Lettera a un notaio conoscitore dei trust*, in questa *Riv. not.*, 2001, 1163-1165; PAGNI, in Gambaro, Giardina, Ponzanelli, *Convenzione relativa alla legge sul trust e al loro riconoscimento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, sub art. 12, p. 1280; PICCOLI, *Possibilità operative del Trust nell'ordinamento italiano, L'operatività del trustee*

favorevole a tale istituto. Nella giurisprudenza di merito appare consolidato l'orientamento che riconosce piena cittadinanza nell'ordinamento italiano alla figura del *trust* interno⁹¹, riconoscendone anche la trascrivibilità nel caso in cui abbia ad oggetto beni immobili o beni mobili registrati⁹² o l'iscrizione nel Registro delle imprese, quando abbia ad oggetto beni che richiedono tale forma di pubblicità (si pensi alle partecipazioni di una società a responsabilità limitata)⁹³.

È il caso segnalare che la giurisprudenza – al di là di talune afferma-

dopo la *Convenzione de l'Aja*; in *Riv. not.*, 1995, I, 62-66; ID., *Troppi timori in tema di trascrivibilità del trust in Italia*, in *Notariato*, 1995, 616; ID., *Trascrizione dell'acquisto immobiliare del trustee*, in *Trusts*, 2000, 227; PICCOLI-CORSO-DOLZANI, *La trascrizione degli atti riguardanti trusts*, in *Riv. not.*, 1995, 1389; LENZI, *Operatività del trust in Italia*, in *Riv. not.*, 1995, 1385-1386; GAMBARO, *I trusts e l'evoluzione del diritto di proprietà*, in *I trust in Italia oggi*, a cura di BENEVENTI, Milano, 1996, 56-66; ID., *Trust*, in *Dig. Disc. Priv. (sez. Civ.)*, XIX, Torino, 1999, 465; ID., *Trasferimento di quote sociali al trustee*, in *Trusts*, 2000, 225; PALERMO, *Sulla riconducibilità del trust interno alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, 148-151; PASCUCCI, *Rifuto di iscrizione nel registro delle imprese di atto istitutivo di trust interno*, in *Riv. dir. imp.*, 2000, 117 ss

⁹¹ Fra le tante, cfr. Trib. Bologna 1° ottobre 2003, n. 4545, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2004, 67; Trib. Trieste 23 settembre 2005, in *Guida al diritto*, 2005, n. 41, 57; Trib. Reggio Emilia 14 maggio 2007, in *Giur. merito*, 2007, 11, 2899. In senso contrario soprattutto Trib. Belluno 25 settembre 2002, in *Riv. not.*, 2002, 1538, con nota di DOLZANI; ma anche Trib. Napoli 1° ottobre 2003, in *Contratti*, 2004, 722 e App. Napoli 27 maggio 2004, in *Giur. napoletana*, 2004, 471.

⁹² Cfr. Trib. Chieti 10 marzo 2000, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, 372; Trib. Pisa 22 dicembre 2001, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2002, 241; Trib. Milano 29 ottobre 2002, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2003, 270; Trib. Verona 8 gennaio 2003, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2003, 409; Trib. Parma 21 ottobre 2003, in *Giur. merito*, 2004, 469; Trib. Napoli 14 luglio 2004, in *Corriere del merito*, 2005, 13; Trib. Trieste 23 settembre 2005, cit. Anche nel regime tavolare è stata generalmente ammessa la pubblicità dei *trust*: Trib. Trento - Sezione distaccata di Cavalese 20 luglio 2004, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2004, 574; Trib. di Trento - Sezione distaccata di Cles 7 aprile 2005, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2005, 406; Trib. Trieste 23 settembre 2005, in *Guida al diritto*, 2005, n. 41, pag. 57; quest'ultima pronuncia è particolarmente significativa perché supera le obiezioni mosse dal Trib. Belluno 25 settembre 2002, cit.; in senso contrario cfr. anche Trib. Napoli 1° ottobre 2003, cit. e App. Napoli 27 maggio 2004, cit.

⁹³ Cfr. Trib. Bologna 16 giugno 2003, in *Riv. not.*, 2004, 556, con nota di TONELLI.

zioni di principio di carattere molto generale – ritiene ammissibile il *trust* interno a condizione che in concreto sussista:

la meritevolezza del fine perseguito e dell'interesse soddisfatto;

la compatibilità con i principi fondamentali dell'ordinamento italiano⁹⁴.

Il punto è che occorre esaminare la meritevolezza della causa “concreta” del *trust* (essendo – secondo la giurisprudenza prevalente – quella “astratta”, del *trust* “amorfo” delineato nella generica formulazione dell'art. 2 della Convenzione, già stata definita e riconosciuta dal legislatore della L. n. 364/1989, di ratifica della Convenzione de L'Aja), ossia il programma della segregazione di una o più posizioni soggettive o di un complesso di posizioni soggettive unitariamente considerato (beni in *trust*) affidate al *trustee* per la tutela di interessi che l'ordinamento ritiene meritevoli di tutela (scopo del *trust*)⁹⁵

Dall'altro lato, poi, occorre verificare la compatibilità del singolo *trust* interno con i principi fondamentali dell'ordinamento italiano. Si tratta di un'analisi ulteriore, da condurre in applicazione degli artt. 15, 16 e 18 della Convenzione de L'Aja. Tali disposizioni, infatti, non riguardano il problema del riconoscimento (che, peraltro, concerne solo i *trust* cc.dd. interni) e considerano i *trust* riconosciuti (anche quelli interni) che producano effetti contrastanti con norme inderogabili o di applicazione necessaria della *lex fori* o con principi di ordine pubblico. In tali casi l'applicazione della legge straniera dovrà “cedere il passo” a quella della legge interna.

Posti questi brevi riferimenti all'ammissibilità di un *trust* interno occorre a questo punto rinviare al successivo capitolo riguardante i diritti reali di garanzia per potere esaminare il così detto “*trust* di garanzia”.

⁹⁴ Cfr. da ultimo Trib. Reggio Emilia 14 maggio 2007, cit.

⁹⁵ Così Trib. Bologna 1° ottobre 2003, n. 4545, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2004, 67; Trib. Trieste 23 settembre 2005, in *Guida al diritto*, 2005, n. 41, 57; Trib. Reggio Emilia 14 maggio 2007, in *Giur. merito*, 2007, 11, 2899.

CAPITOLO V

I DIRITTI REALI DI GARANZIA

Sommario: 1. *Generalità*; 2. *Le rigidità del sistema delle garanzie reali*; 3. *Le garanzie reali atipiche*; 4. *Il trust di garanzia*.

1. Generalità

Nella sistematica del codice i diritti reali di garanzia sono disciplinati nel libro VI, che riguarda la tutela dei diritti, là dove i diritti reali di godimento sono disciplinati nel libro III. Pegno e ipoteca, come recita l'art. 2741, 2° co. c.c., sono cause legittime di prelazione poste a garanzia dell'adempimento da parte del debitore o di un terzo di una obbligazione⁹⁶. Pertanto, le due figure appartengono all'ambito della respon-

⁹⁶ Accanto al pegno e all'ipoteca si collocano, invero, privilegi, che consistono in garanzie legali considerate indisponibili dalle parti poiché sono accordate dal legislatore in considerazione della causa del credito. Il privilegio costituisce una qualificazione del credito prevista dalla legge, la quale stabilisce anche l'ordine di questi nell'ipotesi di concorso tra più crediti privilegiati. Si distingue tra privilegi generali, riconosciuti in ragione della causa del credito indipendentemente da ogni rapporto con la cosa che ne è soggetta, e privilegi speciali, che sorgono in relazione ad una determinata causa prevista dalla legge, la quale ha dato origine al credito. Cfr. ANDRIOLI, *Dei privilegi*, in *Commentario del cod. civ.* SCIALOJA A. – BRANCA G., IV ed, Bologna-Roma, 2002.

sabilità patrimoniale ed hanno funzione di potenziamento della tutela del credito, favorendo nel contempo una circolazione della ricchezza⁹⁷.

Come noto, l'ipoteca è disciplinata all'articolo 2808 c.c., laddove viene definita come il diritto reale di garanzia che attribuisce al creditore il potere di espropriare il bene sul quale l'ipoteca è costituita e di essere soddisfatto con preferenza sul prezzo ricavato dall'espropriazione⁹⁸. Essa ha carattere di specialità e indivisibilità⁹⁹ ed è concessa dal debitore o

⁹⁷ In ordine a queste funzioni, si veda SCIALOJA A. – BRANCA G., libro VI, 3a ed., Bologna, 1973, p. 2 e 147

⁹⁸ Cfr. COMPORTI, *Diritti reali in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale già diretto da CICU e MESSINEO e continuato da MENGONI*, Milano, 1980. Occorre ricordare che la prelazione offerta dall'ipoteca non è piena in quanto vi sono crediti con prelazione più intensa. Ci si riferisce all'art. 2748 c.c. secondo il quale i creditori che hanno privilegio sui beni immobili sono preferiti ai creditori ipotecari e all'art. 2775 *bis* secondo il quale in caso di mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto i crediti del promissario acquirente che ne conseguono hanno privilegio speciale sul bene immobile oggetto del contratto preliminare e quindi sono preferiti ai creditori ipotecari.

⁹⁹ La specialità dell'ipoteca consiste nella possibilità prevista dalla legge di iscrivere ipoteca esclusivamente su beni specificamente indicati (specialità dell'oggetto) e per una somma espressamente indicata in denaro (specialità del credito garantito). Il titolo può essere specifico – come normalmente accade nelle ipoteche volontarie e sempre nelle ipoteche legali di cui ai numeri 1 e 2 dell'art. 2817 c.c. - e attribuire il diritto all'iscrizione dell'ipoteca solo su un bene determinato; oppure generale e attribuire il diritto all'iscrizione su tutti i beni del debitore. La caratteristica dell'indivisibilità prevista dall'art. 2809 c.c. a mente del quale l'ipoteca si estende su tutto il bene vincolato, nella sua interezza ed in ogni sua parte e, nel caso di pluralità di beni, su tutti indistintamente. L'indivisibilità è elemento accidentale dell'ipoteca, non essenziale, poiché essa può essere preventivamente esclusa dalle parti. Cfr. CHIANALE, *L'ipoteca*, in *Dig. IV, Disc. Priv. Sez. civ. X*, 1993, p.68 secondo cui: “*L'ipoteca colpisce un singolo bene, o una sua determinata porzione materiale per il suo intero valore. Il sistema ipotecario non ammette la possibilità di limitare la garanzia ad una frazione del valore del bene gravato. Il limite costituito dalla somma dell'iscrizione rappresenta il limite massimo del peso ipotecario e si rapporta all'intero valore del bene. Non è ammissibile cioè iscrivere un'ipoteca per una certa somma e limitarla ad una frazione del valore del bene, ad esempio ad un terzo, affinché sul prezzo di vendita soltanto quella frazione venga assoggettata alla prelazione ipotecaria, sempre nel massimo della somma iscritta. Soltanto nel caso regolato dall'art. 2825 c.c. relativo all'ipoteca iscritta su un bene comune e trasportata sul diverso bene assegnato al comproprietario, la garanzia trova il limite del valore del bene in origine ipoteca*”

da un terzo su un bene, normalmente immobile¹⁰⁰. Sono anche previste figure di ipoteca su cosa altrui (art. 2822 c.c.) e su cosa futura (art. 2823 c.c.); in tali casi, tuttavia, la concessione ha efficacia meramente obbligatoria e l'iscrizione ipotecaria potrà essere validamente effettuata solo quando la cosa sarà acquistata dal concedente o sarà venuta ad esistenza. L'art. 2808 c.c. dispone che l'ipoteca si costituisce mediante iscrizione nei registri immobiliari. È ben noto che, mentre la trascrizione immobiliare non dà origine ad alcun diritto reale, ma si limita a dare pubblicità di un certo evento o a rendere inefficaci, in forza della sua disciplina, identiche formalità successive la funzione dell'iscrizione è quella di costituire un diritto reale di garanzia: cioè l'ipoteca.

Il pegno costituisce lo strumento giuridico attraverso il quale il legislatore riconosce al creditore il diritto di tutelare le proprie ragioni su beni mobili (su un credito, universalità di mobili). Il pegno può essere costituito dal debitore o da un terzo (art. 2784, comma 1, c.c.). Il pegno costituito da un terzo si differenzia dalla fideiussione in quanto quest'ultima non comporta un vincolo reale sulla cosa rappresentano una forma di garanzia personale.

Al fine di realizzare il credito garantito dal pegno, il creditore dovrà richiedere che si proceda a vendita all'incanto della cosa ricevuta in pegno (art. 1796 c.c.) ovvero domandare al giudice che la cosa gli venga assegnata in pagamento, fino alla concorrenza del suo credito (art. 2798 c.c.). La forma necessaria per la costituzione del pegno può, in tesi, essere anche orale; ma, la forma scritta è necessaria ai fini dell'opponibilità ai terzi della garanzia. La scrittura dovrà avere data certa ed indicare espressamente il credito garantito nonché l'ammontare ed il bene oggetto di garanzia. Il contratto costitutivo di pegno è reale nel senso che si perfeziona con la materiale consegna della cosa: il così detto lo spossessamento del debitore (art. 2786 c.c.). Nell'ipotesi in cui oggetto del pegno è un credito occor-

¹⁰⁰ Cfr. TUCCI, voce *Ipoteca (ipoteca mobiliare)*, in *Enc. giur. Treccani.*, XVII, Roma, 2001.

rono, ai fini della prelazione, l'atto scritto e la notifica della costituzione al debitore o l'accettazione da parte di quest'ultimo con un atto di data certa (art. 2800 c.c.). A seguito della costituzione del pegno, il creditore acquisisce i seguenti diritti ed obblighi: - diritto a trattenere la cosa ed obbligo a custodirla (art. 2790 c.c.); - divieto di usare e disporre della cosa (art. 2792 c.c.); - diritto di far propri i frutti della cosa, imputandoli prima alle spese e poi al capitale (art. 2791 c.c.); - obbligo di restituire la cosa quando il debito è stato interamente pagato (art. 2794 c.c.). Quando il pegno ha ad oggetto cose fungibili (es. una somma di denaro), il creditore ne acquista la disponibilità e la proprietà e dovrà restituire al debitore una corrispondente quantità di cose. Si parla in tale caso, di pegno irregolare.

2. *Le rigidità del sistema delle garanzie reali*

A differenza di quanto è successo per le garanzie personali che hanno dimostrato un notevole grado di elasticità rispetto allo schema del codice - si pensi alla fideiussione *omnibus*¹⁰¹; alle lettere di *patronage*¹⁰² o

¹⁰¹ La prassi negoziale, formatasi nella regolamentazione dei rapporti banca-cliente, ha piegato lo schema tipico della fideiussione in modo da attribuirle una funzione di copertura omnicomprensiva dell'esposizione debitoria del cliente nei confronti della banca creditrice e di rafforzamento della tutela delle ragioni creditorie, così ottenendo, al contempo, una riduzione dei tempi e degli oneri connessi all'erogazione del credito. Tale funzione viene realizzata attraverso l'inclusione nel modello contrattuale della fideiussione di una clausola, così detta *omnibus*, con la quale un soggetto si obbliga personalmente nei confronti di una banca a garantire, entro il limite di un importo predeterminato, tutte le obbligazioni che il debitore principale assumerà nei confronti della banca stessa. Dunque, se alla scadenza pattuita o al momento in cui la banca deciderà di recedere dal rapporto il debitore principale non sia in grado di provvedere all'estinzione dei suoi debiti, la banca potrà rivolgersi al fideiussore omnibus, il quale dovrà pagare anche se non era a conoscenza dell'entità dei debiti del garantito. In altre parole, non occorre chiedere garanzie per ogni operazione bancaria, giacché tale tipo di fideiussione riguarda anche i debiti futuri. I dubbi sulla validità di tale fideiussione sono ormai superati a seguito della modifica apportata all'art. 1938 cc dalla l. 17.02.1994, n. 154 che subordina la validità della fideiussione alla predeterminazione di un importo massimo garantito.

¹⁰² C.d. *lettere di patronage* rappresentano documenti con cui, in occasione dell'erogazione

alle garanzie autonome a prima richiesta¹⁰³, il sistema delle garanzie reali tipiche ha mostrato, invece, una notevole rigidità ed una sostanziale incapacità a seguire l'evoluzione economico – sociale dei tempi. Si pensi, in proposito – all'inderogabilità, da parte dell'autonomia privata, del principio della *par condicio creditorum*, o quello della tipicità e del *numerus clausus* dei diritti reali di garanzia¹⁰⁴.

di un mutuo, dell'apertura di credito o della stipulazione di un contratto di finanziamento, un soggetto legato da particolari rapporti con il beneficiario della somma eroganda rende dichiarazioni, in forma epistolare, circa lo stato del debitore. La "forza" di garanzia della *lettera di patronage* può variare: da quella minimale di una mera raccomandazione, senza alcun particolare valore giuridico, a quella di vera e propria fideiussione.

¹⁰³ Sempre nella prassi negoziale è stata elaborata da tempo una peculiare figura di garanzia personale, divergente dal tipo fideiussorio con funzione di garantire al beneficiario l'utile soddisfazione del proprio credito attraverso il rafforzamento dello strumento della garanzia, realizzato disancorando parzialmente le vicende del rapporto principale dalle vicende del rapporto di garanzia. In effetti, con il *contratto autonomo di garanzia* a prima richiesta un soggetto si impegna al versamento, in favore del beneficiario, della somma garantita, senza possibilità alcuna di avanzare eccezioni attinenti al rapporto principale tra beneficiario e terzo garantito. Il vantaggio che questa figura, nata dalla pratica del commercio internazionale (*bid bond* o *performance bond*), attribuisce al creditore-beneficiario è evidente, avendo questi la certezza di ricevere il denaro non appena ne faccia richiesta, senza che il garante (di regola una banca o una compagnia di assicurazioni) possa opporgli alcuna eccezione (finanche quella dell'avvenuto pagamento): egli dovrà pagare, appunto, a "prima richiesta"; solo successivamente il debitore-garantito potrà far valere le proprie ragioni, chiedendo la restituzione di quanto versato. Proprio per ciò si è dubitato della legittimità di questa figura, facendo leva sulla sua mancanza di causa e di accessorietà: dubbi che, tuttavia, la giurisprudenza, in maggioranza, ha respinto (decisione di riferimento può essere considerata: Cass. Civ., sentenza 3 marzo 2009, n. 5044; nonché Cass., Sez. un., sentenza 27 febbraio 2008, n. 5090).

Per la dottrina si veda soprattutto NAPPI, *Studi sulle garanzie personali. Un percorso transnazionale verso una scienza civilistica europea*, Torino, 1997; BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, Napoli, 1993; CHINÈ, *Fideiussione omnibus e contratto autonomo di garanzia*, in *Gius.*, 1996, pp. 93.

¹⁰⁴ Sulla crisi delle garanzie reali tipiche, la letteratura è ampia. Si veda, ad esempio, MARICONDA V., *Trasferimenti commissori e principio di legalità*, in *Foro it.*, 1990, I, c. 1428; REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, *ivi*, 1990, I, c. 1440; BUSSANI, *Il modello italiano delle garanzie reali*, in *Contr. e impr.*, 1, 1997, pp. 163 ss.

Quanto alla garanzia reale mobiliare – il pegno – si è osservato che lo spossessamento del debitore, ai fini della costituzione del diritto di garanzia sul bene (arg. *ex art.* 2786 c.c.)¹⁰⁵, impedisce che i beni aziendali destinati alla produzione, le merci in lavorazione o che abbisognano di continui controlli e di particolari metodi di conservazione, etc. siano di fatto suscettibili di essere vincolati per fini di finanziamento¹⁰⁶.

Ugualmente insoddisfacente si rivela la disciplina delle garanzie reali immobiliari in quanto essa, dall'un canto, non prevede che l'ipoteca possa circolare autonomamente rispetto al credito garantito¹⁰⁷; dall'al-

¹⁰⁵ GATTI, *Il credito su pegno*, Milano, 1997, p. 154; ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 3. Si tenga conto che già dalla seconda metà dell'Ottocento esisteva nel diritto anglosassone una garanzia (detta fluttuante) sui beni del debitore. Infatti, la *floating charge* consentiva una garanzia che prescindeva dallo spossessamento dell'oggetto della garanzia stessa, consentendo al debitore di poter continuare a disporre liberamente, nello svolgimento della propria attività economica, della proprietà soggetta a vincolo. Al momento della conclusione del contratto le parti costituiscono in garanzia l'azienda come un *going concern*, comprendente beni predeterminati e attualmente presenti nel patrimonio del debitore o che in futuro ne entreranno a far parte. L'effetto reale, l'*attachment* della garanzia all'oggetto contrattualmente preindividuato è invece originato dal successivo verificarsi di determinati eventi che trasformano la *floating charge* in una *fixed o specific charge* e che costituiscono il momento di cristallizzazione della garanzia.

¹⁰⁶ GABRIELLI E., *Sulle garanzie rotative*, Napoli, 1998, p. 19 s.

¹⁰⁷ L'importanza che ha la garanzia del credito è determinata dal fatto che essa rafforza la potenzialità di recupero del cessionario e, pertanto, incide sensibilmente sul valore di mercato del credito. Si considera generalmente vietato alle parti operare una riserva delle garanzie in favore del cedente. La caratteristica posizione servente del diritto di garanzia impedisce, infatti, che si abbia una circolazione della garanzia separata da quella del credito. Tale nesso che saldamente correla la garanzia al diritto di circolazione della garanzia separata dal credito. Da tale punto di vista la garanzia è distinta con la locuzione: "*accessorietà della garanzia al credito*". Alle parti è dunque consentito rinunciare alla garanzia o estinguerla, ma non farla circolare indipendentemente dal credito. Questa opinione trova riscontro nell'art. 1263, 2° co. c.c. che consente che la cosa data in pegno, a garanzia del credito, resti nella disponibilità del cedente, nel caso in cui manchi il consenso di colui che ha costituito il pegno; tuttavia in tal caso, non c'è un'autonoma circolazione del diritto di pegno, che permane a garanzia del credito circolato, ma la mera disponibilità del bene viene attribuita a un terzo. In realtà, l'art. 1263 c.c. non detta alcuna

tro, impone ai fini della sua esecuzione il ricorso a procedure esecutive giudiziali estremamente lunghe e costose, che spesso portano ad un ricavato largamente inferiore al valore del bene, penalizzando, in tal modo, sia il creditore che il debitore¹⁰⁸.

3. *Le garanzie reali atipiche*

Al fine di superare le difficoltà appena sommariamente indicate si è venuto sviluppando un ampio ricorso a garanzie reali cc.dd. “*atipiche*” affidate a strumenti contrattuali tipici (soprattutto contratti di alienazione), utilizzati dalle parti per realizzare fini di garanzia del credito (vendite sospensivamente o risolutivamente condizionate all’(in)adempimento del debitore; vendite con annesso patto di ricompera, di riscatto o di retrovendita). In questi casi, la funzione di garanzia non si realizza attraverso la creazione di uno *ius praelationis* in capo al creditore tutelato, sebbene mediante il trasferimento allo stesso creditore – a titolo temporaneo o provvisorio – del diritto pieno di proprietà.

Uno dei maggiori problemi relativi alla riconoscibilità nel nostro ordinamento degli effetti di una garanzia atipica deriva dal divieto del

specifica disposizione in tema di trasmissione dell’ipoteca, ribadendo esclusivamente la regola generale della successione dell’accessorio unitamente al credito. Il codice civile demanda, alla disciplina contenuta nel sesto libro. Infatti, è l’art. 2843 c.c. la norma fondamentale in tema di trasmissione del vincolo ipotecario, stabilendo nella formalità dell’annotazione della cessione in margine all’iscrizione ipotecaria, il fulcro della vicenda relativa al trasferimento del vincolo Cfr. PANUCCIO, voce *Cessione dei crediti*, in *Enc. del dir.*, vol. VI, Milano, 1960., La stessa giurisprudenza, attribuisce all’annotazione un ruolo significativo (il *leading case* può essere rappresentato da Cass., 7 maggio 1992, n. 5420 in *Giur. It.*, 1993, I,1, 84) allorchè statuisce che “*l’art. 2843 c.c. attribuisce all’annotazione del trasferimento dell’ipoteca lo stesso valore costitutivo che, relativamente al suo sorgere, è proprio dell’iscrizione, configurando in tal guisa un elemento integrativo indispensabile della fattispecie del trasferimento medesimo*”

¹⁰⁸ Su tali aspetti cfr. RAVAZZONI, *Ipoteca. I) Ipoteca immobiliare*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989; CHIANALE, *Ipoteca*, cit. pp. 158 ss

patto commissorio, previsto dall'art. 2744 c.c.¹⁰⁹

È noto come l'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato fornisce un'interpretazione dell'art. 2744 c.c. non formalistica, ma sostanziale, d'obbligo l'interpretazione estensiva dell'art. 2744 c.c., perché non trattasi di norma eccezionale ed anzi, all'opposto, esprime «*un principio comune a molti istituti*»¹¹⁰. Ciò vuol dire che l'eventuale contrarietà

¹⁰⁹ Si veda, in generale, LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952, 32 e ss.; MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, 115; RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale CICU-MESSINEO*, XXIII, Milano, 1971, 1027; LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, in *Commentario al codice civile diretto da SCHLESINGER*, Milano, 1987, 242 e ss.; REALMENTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro it.*, 1989, I, 1440 (nota a Cass., s.u., 3 aprile 1989, n. 1611

¹¹⁰ Cfr. Cass., S.U., 21.04.1989, n. 1907 ove si legge in massima: «Sono nulle perché vietate dall'art. 2744 c.c. sia le vendite a scopo di garanzia in cui il bene è trasferito in definitiva proprietà del creditore nel caso di mancata restituzione della somma mutuata, ma anche le vendite in cui il bene è invece trasferito immediatamente, ma con la clausola risolutiva nella ipotesi in cui il venditore, entro una certa data restituisca all'acquirente l'importo convenuto (con riguardo al caso che l'acquirente sia il creditore e l'importo sia stato precedentemente versato a titolo di mutuo). Nelle vendite a scopo di garanzia, quest'ultima assurge a causa del contratto, in quanto il trasferimento della proprietà trova obiettiva giustificazione nel fine della garanzia ed il versamento del danaro non costituisce pagamento del prezzo, ma esecuzione di un mutuo. Il trasferimento del bene non integra l'attribuzione al compratore, ma la costituzione di una posizione di garanzia innegabilmente provvisoria nonostante le apparenze. La provvisorietà costituisce un elemento rivelatore della causa di garanzia e quindi della diversità tra causa tipica del negozio e determinazione causale delle parti. La vendita in se lecita e non puramente formale assume la figura di contratto in frode alla legge (art. 1344 c.c.)». Ancora, Cass. sez. II, 10.03.2011 n° 5740, a tenore della quale: «In materia di violazione del divieto del patto commissorio, non è possibile in astratto identificare una categoria di negozi soggetti a tale nullità, occorrendo invece riconoscere che qualsiasi negozio può integrare tale violazione, quale che ne sia il contenuto, nell'ipotesi in cui venga impiegato per conseguire il risultato concreto, vietato dall'ordinamento giuridico, di far ottenere al creditore, mediante l'illecita coercizione del debitore al momento della conclusione del negozio, la proprietà del bene dell'altra parte nel caso in cui questa non adempia la propria obbligazione». Più di recente, cfr. Cass. sez. II, 21 maggio 2013, n. 12462 a tenore della quale «Il divieto del patto commissorio sancito dall'art. 2744 c.c., con la conseguente sanzione di nullità radicale, si estende a qualsiasi negozio, ancorché di per sé astrattamente lecito, qualora venga impiegato per conseguire il fine concreto, riprovato dall'ordinamento, della illecita coercizione del debitore, costringendolo al

di un determinato negozio o patto al divieto portato dalla disposizione indicata deve essere valutata in relazione al risultato conseguito in concreto dalla parti. Il criterio discrezionale è, in tale prospettiva, alla verifica del risultato pratico che si realizza, nel senso che il divieto opera ogni qual volta è prodotta una situazione analoga a quella che si sarebbe ottenuta ponendo in essere un patto commissorio¹¹¹.

trasferimento di un bene a scopo di garanzia nella ipotesi di mancato adempimento di una obbligazione assunta... in linea di principio, anche un contratto preliminare di compravendita può incorrere nella sanzione dell'art. 2744 c.c., ove risulti l'intento primario delle parti di costituire con il bene promesso in vendita una garanzia reale in funzione dell'adempimento delle obbligazioni contratte dal promittente venditore con altro negozio collegato, sì da stabilire un collegamento negoziale e strumentale tra i due negozi. È evidente, peraltro, che, allorché lo strumento negoziale adoperato dalle parti in funzione di garanzia sia rappresentato da un contratto preliminare, in tanto può configurarsi un illecito patto commissorio, in quanto i contraenti abbiano predisposto un meccanismo (quale la previsione di una condizione) diretto a far sì che l'effetto definitivo e irrevocabile del trasferimento si realizzi solo a seguito dell'inadempimento del debitore-promittente venditore, rimanendo, in caso contrario, il bene nella titolarità di quest'ultimo. In tal caso, infatti, il contratto preliminare viene impiegato per conseguire l'illecita coartazione del debitore a sottostare alla volontà del creditore, per cui non sussiste la causa di scambio, tipica di ogni contratto di compravendita, ma il preliminare costituisce il mezzo per raggiungere il risultato vietato dalla legge (v. Cass. 10-2-1997 n. 1233; Cass. 4-3-1996 n. 1657)."; inoltre, v. Cass. sez. II, 08.08.2014 n. 15486 secondo cui "Viola il divieto di patto commissorio, ed è quindi affetta da nullità, la procura a vendere un immobile rilasciata dal debitore al creditore, che il creditore stesso possa utilizzare in caso di inadempimento del venditore, per intestarsi un bene del debitore o per cederlo a persona compiacente".

¹¹¹ Si veda in proposito Cass., sez. II, 08.04.2013 n. 8505 secondo cui: "In materia di patto commissorio, non è possibile in astratto identificare una categoria di negozi soggetti a tale nullità perché qualsiasi negozio può integrare tale violazione, quale che ne sia il contenuto, nell'ipotesi in cui venga impiegato per conseguire il risultato concreto, vietato dall'ordinamento giuridico, di far ottenere al creditore, mediante l'illecita coercizione del debitore al momento della conclusione del negozio, la proprietà del bene dell'altra parte nel caso in cui questa non adempia la propria obbligazione; pertanto sono stati ritenuti nulli, ex art. 1344 cod. civ., per frode alla legge, atti negoziali di per se astrattamente leciti ovvero operazioni negoziali complesse, pur in assenza di formale costituzione di una garanzia ipotecaria o pignorizia, apparivano rispondenti alla finalità di attribuire al creditore la facoltà di acquisire la proprietà del bene in caso di mancato pagamento da parte del debitore, così costretto a sottostare alla volontà della controparte.

Da tale angolo visuale, il problema interpretativo è legato alla *ratio* del divieto del patto commissorio, individuata tradizionalmente nell'esigenza di impedire che il debitore sia soggetto al rischio della sproporzione fra depauperamento ed entità del debito inadempito e a quello dell'approfittamento del suo stato di bisogno¹¹². Si ritiene, invece, che la

¹¹² Conviene riportare, giacché esemplare, la motivazione di Cass, 09.05.2013 n. 10986 che attentamente ripercorre i termini della questione: *“L'art. 2744 c.c. ... dispone quanto segue: “È nullo il patto con il quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno”. Analoga previsione reca l'art. 1963 c.c. in tema di anticresi. L'espressa comminatoria di nullità avendo, ovviamente, espulso dalla pratica degli affari la realizzazione della fattispecie legale illecita, concernente il patto commissorio aggiunto ad ipoteca, pegno o anticresi, ha fatto sorgere la questione se la nullità riguardasse, o meno, anche il patto commissorio autonomo, e cioè l'operazione contrattuale, di regola integrata da una alienazione in funzione di garanzia, che di per sé preveda che la proprietà della cosa alienata in garanzia passi al creditore in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato. E la risposta della giurisprudenza di questa Corte (sent. n. 282 del 1974) e della dottrina è stata concordemente positiva, sul rilievo, tra l'altro, che il risultato giuridico-economico dell'operazione è equivalente a quello espressamente sanzionato. Minor concordia - ed anzi ampia divergenza di opinioni (significativa della loro elevata opinabilità) - ha contrassegnato, come è noto, l'individuazione della ragione giustificatrice della sancita nullità del patto commissorio (sia indiretto sia autonomo). Senza pretesa di completezza, sarà qui sufficiente ricordare che le tesi tradizionali hanno individuato il fondamento del divieto nell'esigenza di tutela dei debitori - esposti, a causa del bisogno, a subire il rischio di un approfittamento da parte dei creditori - ovvero di tutela dei creditori - risultando leso il principio della par condicio -, o di entrambe le categorie. Su un piano diverso, è stato sottolineato il contrasto del potere di autosoddisfacimento del creditore con l'esclusiva statale della funzione esecutiva. Secondo altra tesi, infine, il divieto si giustificherebbe con l'esigenza di evitare che il patto, quale clausola di stile, determini l'instaurarsi di un sistema di garanzia inidoneo ad esprimere un assoggettamento del patrimonio del debitore esattamente adeguato alla funzione di garanzia. A sua volta, la giurisprudenza di questa Corte per lungo tempo ritenne di impostare la soluzione del problema della liceità o illiceità del patto commissorio autonomo, integrato da una alienazione in garanzia, con riferimento alla decorrenza degli effetti del trasferimento della cosa alienata in garanzia. Si affermò, invero, la liceità della vendita fiduciaria a scopo di garanzia, accompagnata da patto di riscatto o di ritrasferimento, caratterizzata da un trasferimento effettivo ed immediato della proprietà al creditore, il quale tuttavia assume l'impegno, in forza di accordo consistente nel patto di riscatto o in quello di retrovendita, di ritrasferire il bene al venditore se questi estinguerà, nel termine previsto, il debito garantito. Per converso, si ritenne nulla, ai sensi dell'art. 2744 c.c.,*

la vendita dissimulante un mutuo con patto commissorio, ricorrente nell'ipotesi in cui le parti, pur dichiarando formalmente di voler vendere ed acquistare, concordano in sostanza che il creditore acquirente diventerà proprietario soltanto se il debitore ed alienante non estinguerà il debito nel termine pattuito, attuando così una vendita sottoposta a condizione sospensiva (per tutte: Cass. n. 1004 del 1962 e n. 642 del 1980). Il problema venne posto quindi, per l'ipotesi illecita, in chiave di simulazione, e l'illiceità del contratto dissimulato venne fatta discendere dalla violazione diretta del divieto ex art. 2744 c.c. (estensivamente interpretato come relativo anche al patto commissorio autonomo). La soluzione adottata fu oggetto di critica e ad essa si contrapposero difformi pronunce (significativo esempio si riscontra in Cass. n. 3800 del 1983), che abbandonarono il suindicato criterio distintivo, rilevando come anche nella vendita con patto di riscatto o di retrovendita, se conclusa a scopo di garanzia, l'effetto traslativo diviene definitivo ed irrevocabile soltanto a seguito dell'inadempimento del mutuatario. Ne consegue che, ove risulti l'intento primario delle parti di vincolare il bene a garanzia ed in funzione del rapporto di mutuo, la complessa convenzione - in quanto produttiva degli stessi effetti di una alienazione sottoposta a condizione sospensiva e caratterizzata da un nesso teleologia) e strumentale tra i due negozi di mutuo e di compravendita - presenta una causa effettiva divergente da quella tipica della compravendita, ed avente natura di causa illecita, in quanto volta a frodare il divieto del patto commissorio attraverso il ricorso ad un procedimento simulatorio. Il nuovo orientamento venne fatto proprio, con alcune precisazioni, dalle Sezioni Unite, con due sentenze dell'anno 1989 (n. 1611 e n. 1907). Premesso, in adesione alla tesi tradizionale, che il divieto di patto commissorio è diretto ad impedire al creditore l'esercizio di una coazione morale sul debitore, spesso spinto alla ricerca di un mutuo (o alla richiesta di una dilazione, nel caso di patto commissorio ex intervallo) da ristrettezze finanziarie, con facoltà di far proprio il bene, attraverso un meccanismo che gli consenta di sottrarsi alla regola della par condicio creditorum, hanno affermato le Sezioni Unite che nella vendita con patto di riscatto o di retrovendita a scopo di garanzia questa non costituisce soltanto motivo, ma assurge a causa del contratto, in quanto il trasferimento della proprietà trova obiettiva giustificazione nel fine di garanzia. E tale causa è inconciliabile con quella della vendita, posto che il versamento del denaro non costituisce pagamento del prezzo, ma esecuzione di un mutuo, mentre il trasferimento del bene non integra l'attribuzione al compratore, bensì l'atto costitutivo di una posizione di garanzia innegabilmente provvisoria, in quanto suscettibile di evolversi a seconda che il debitore adempia o meno. Ed è proprio la provvisorietà che costituisce l'elemento rivelatore della causa di garanzia, e quindi della divergenza tra causa tipica del negozio prescelto e determinazione causale concreta, indirizzata alla elusione di una norma imperativa, qual è l'art. 2744 c.c.: le parti, invero, adottando uno schema negoziale astrattamente lecito per conseguire un risultato vietato dalla legge, realizzano un'ipotesi di contratto in frode alla legge (art. 1344 c.c.) (in senso conforme si è espressa Cass. n. 2126 del 1991). In tale quadro, va quindi ribadito che è sanzionata con la nullità, nei sensi suindicati, la vendita con patto di riscatto (o di retrovendita) che, risultando inserita in una più complessa operazione contrattuale, caratterizzata dalla sussistenza di un rapporto credito-debitorio tra venditore ed

acquirente, sia piegata al perseguimento non già di un trasferimento di proprietà, bensì di un rafforzamento, in funzione di subordinazione e di accessorietà rispetto al mutuo, della posizione del creditore, suscettivo di determinare la (definitiva) acquisizione della proprietà del bene in mancanza di pagamento del debito garantito, così realizzando il risultato giuridico ed economico vietato dall'art. 2744 c.c. (che, sotto tale profilo, integra quindi una norma materiale). Merita per contro un ulteriore approfondimento l'analisi degli elementi sintomatici idonei a denunciare la sussistenza di una operazione fraudolenta del tipo delineato. Al riguardo, più che l'indagine sull'atteggiamento soggettivo delle parti (valorizzata da Cass. n. 3800 del 1983, non seguita, sul punto, dalle Sezioni Unite), sarà utile l'accertamento di dati obiettivi, quali la presenza di una situazione credito-debitoria (preesistente o contestuale alla vendita), e, soprattutto, la sproporzione tra entità del debito e valore del bene alienato in garanzia, di regola presente nelle fattispecie in esame e costituente significativo segnale di una situazione di approfittamento della debolezza del debitore da parte del creditore, che tende ad acquisire l'eccedenza di valore, così realizzando un abuso che il legislatore ha voluto espressamente sanzionare. A conferma di ciò, deve considerarsi che l'illiceità è invece esclusa, pur in presenza di costituzioni di garanzie che postulano un trasferimento di proprietà, qualora queste siano integrate da schemi negoziali che il menzionato abuso escludono in radice, come avviene nel caso del pegno irregolare (art. 1851 c.c.), del riporto finanziario e del c.d. patto marciano, in virtù del quale al termine del rapporto si procede alla stima, ed il creditore, per acquisire il bene, è tenuto al pagamento dell'importo eccedente l'entità del credito. La ratio del divieto posto dall'art. 2744 c.c. risulta quindi desumibile argomentando a contrario dalla liceità delle figure ora menzionate. Non vale opporre che sproporzione tra entità del credito e valore del bene, e conseguente abusiva appropriazione dell'eccedenza non sono espressamente richieste dall'art. 2744 c.c., potendosi replicare che il legislatore, nel formulare un giudizio di disvalore nei riguardi del patto commissorio, ha fondatamente presunto, alla stregua dell'id quod plerumque accidit, che in siffatta convenzione il creditore pretende di regola una garanzia eccedente l'entità del credito. Appare quindi corretto ritenere che la sussistenza di una sproporzione tra valore del bene ed entità del credito possa offrire, in sede di indagine, uno degli indizi di maggior peso (Cass. n. 736 del 1977, in motivazione; Cass. n. 776 del 1960, in motivazione; sembrano invece svalutare tale elemento indiziario altre decisioni: Cass. n. 1611 e n. 1907 del 1989 delle Sezioni Unite, che peraltro richiamano proprio Cass. n. 736 del 1977).

E non giova argomentare dalla disciplina generale dettata dall'art. 1448 c.c., per desumerne la sanzionabilità della sproporzione tra prestazioni soltanto mediante l'azione di rescissione, poiché resta da dimostrare la assoluta coerenza del sistema sanzionatorio previsto dal codice civile, nel quale si rinvergono ipotesi di tutela del contraente debole mediante l'irrogazione della nullità (art. 1341, art. 1815, comma 2), e può opporsi che l'art. 2744 c.c. esprime una specifica valutazione legale di riprovevolezza del patto commissorio, in virtù della sua intrinseca elevata potenzialità - per frequenza di impiego e facilità di realizzazione - a determinare il rischio (presunto) di produrre effetti che l'ordinamento non consente, e che si risolvono, in

cessione del credito ai fini di garanzia di rapporti obbligatori – che evita il più complesso procedimento del pegno su crediti (art. 2800 c.c.) - sia ammissibile.¹¹³

Il problema del divieto del patto commissorio trova la sua ragione d'essere nella mancata proporzionalità che in concreto può sussistere tra importo del debito e valore della garanzia. Per ovviare a tale sproporzione si è pensato di attribuire un ruolo decisivo al *patto marciano*, che presenta al suo interno un meccanismo di riequilibrio tra impor-

definitiva, in un eccesso di garanzia per il creditore e di responsabilità patrimoniale per il debitore.

Ora, l'impugnata sentenza ha operato una pedissequa trasposizione dei principi affermati dalle menzionate sentenze delle Sezioni Unite n. 1611 e n. 1907 del 1989, in relazione alla vendita, accertato lo scopo di garanzia, postulando la contraddizione tra la volontà di cedere la piena proprietà dei beni e la predisposizione di una clausola relativa alla determinazione preventiva del prezzo di rivendita qualora negli alienanti vi fosse stata una volontà di dismettere in modo definitivo la proprietà, ed ha quindi formulato, in linea principale, un giudizio di nullità, ai sensi degli artt. 1344 e 2744 c.c., del contratto di vendita in quanto tale.”

In pratica, le caratteristiche fondamentali della disposizione commissoria sono costituite: i) dal fatto che il bene destinato a soddisfo del debito è quello specifico in garanzia (e non già un bene qualsiasi nel patrimonio del debitore); ii) dal fatto che tale cessione avviene senza alcuna garanzia di una giusta valutazione del bene, con riguardo al momento in cui esso entra definitivamente nel patrimonio del creditore; iii) dal fatto che il creditore non acquista il bene in concorrenza con altri possibili acquirenti (come teoricamente avviene perfino nelle vendite all'asta). Su tale *ratio* protettiva si veda, ad esempio, l'art. 6, co. 2, d.lgs. 21.5.2004, n. 170, il quale, in attuazione della direttiva 2002/47/CE, dispone che “*ai contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia, compresi i contratti di pronti contro termine, non si applica l'art. 2744 c.c.*»; *fermo che, ai sensi dell'art. 4, l'appropriazione delle attività finanziarie avviene sino a concorrenza del valore dell'obbligazione garantita, con restituzione dell'eccedenza.”*

¹¹³ Per la giurisprudenza cfr. App. Roma, 10 luglio 1958, in *Giur. it.*, 1959, I, 2, c. 22; Cass., 15 giugno 1964, n. 1518, in *Temi Napoletana*, 1964, p. 495; Cass., 5 luglio 1973, n. 1875, in *Giust. civ.*, 1973, I, p. 1975; Cass., 20 novembre 1975, n. 3887, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, c. 126; Cass., 2 agosto 1977, n. 3412, in *Mass. Foro it.*, 1977. In dottrina si veda LA PORTA, *La causa del trasferimento del credito, gli effetti preliminari e la disposizione del diritto futuro*, nota a Trib. Bari, 27 luglio 1996, in *Banca, borsa, titoli credito*, 1998, II, pp. 708 ss.;

to del debito e valore della garanzia¹¹⁴. In materia di *lease back*¹¹⁵, ad esempio, laddove non risulti pattuita la cautela marciiana, si propone di applicare analogicamente la disposizione dell'art. 2803 c.c., sull'obbligo restitutorio dell'eccedenza a carico del creditore pignoratizio nel pegno di crediti.¹¹⁶

4. *Segue: il trust di garanzia*

Si è già detto che il nostro ordinamento, a tutela dell'interesse alla prestazione contrattuale e al conseguimento del valore economico di essa, prevede un complesso sistema di responsabilità patrimoniale collegata a strumenti di garanzia personali o reali. Questi ultimi sono costruiti sul calco dei diritti reali, da cui mutuano i caratteri della tipicità e del numero chiuso, e sono inquadrati tra le cause legittime di prelazione intese come deroga al principio della *par condicio* dei creditori.

Si è già detto che la rigidità dei diritti reali di garanzia ha portato l'autonomia privata a foggare nuovi strumenti di garanzia - in sostituzione da quelle previste dal codice e per ciò dette atipiche - che si avvalgono di figure contrattuali piegate allo scopo di garanzia come si

¹¹⁴ CIPRIANI N., *Patto commissorio e patto marciiano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, pp. 296 ss.

¹¹⁵ Il negozio del *sale and lease back* (o vendita con ritorno o semplicemente *lease back*) rappresenta una tecnica di finanziamento che fa perno sulla possibilità per un soggetto di alienare ad una società di leasing un bene contro una somma di denaro. La società di leasing, quindi, assegna il bene in locazione finanziaria all'impresa alienante, ricevendone in cambio dei canoni di leasing ed una somma al rilascio del bene a fine rapporto. La peculiarità è che il bene rientra nella piena disponibilità dell'azienda cedente. La struttura fondamentale di questo assetto di interessi, particolarmente complessa, consiste in un soggetto venditore/utilizzatore aliena ad un altro, compratore/concedente, un determinato bene che concede in locazione finanziaria al primo soggetto. Cfr. MORI - MERLO - TEMPESTINI, *Sale and lease back*, in *Il trust in Italia oggi*, (a cura di BENVENUTI), Milano 1996, p. 931 ss.

¹¹⁶ Sul tema delle garanzie atipiche si vedano in generale le considerazioni svolte da POLLICE, *Il contratto*, Torino, 2015, pp. 324 ss.

è potuto vedere nel precedente paragrafo. Sempre in quest'ultima prospettiva, ci si è chiesto se anche l'impiego del *trust* potesse soddisfare questa diffusa esigenza di una garanzia del credito diversa da quelle cc. dd. reali. È noto. Infatti, che tra le peculiarità più apprezzate del *trust* si annoverino la sua estrema flessibilità e l'idoneità all'impiego nei settori più disparati, quali quello finanziario, commerciale, familiare e successorio¹¹⁷.

La struttura del *trust* di garanzia è semplice e il risultato sicuro: Tizio, debitore costituisce un *trust* a favore di un terzo, detto trustee, che chiameremo Caio con lo scopo di garantire un determinato credito a favore di Mevio, suo creditore (*trust* cc.dd. di scopo, ma, il creditore può anche essere istituito come beneficiario fino a concorrenza del dovuto). La figura centrale del *trust* è rappresentata trustee, che è un soggetto indipendente per la presenza delle seguenti caratteristiche: a. - è un soggetto onerato solo dalle obbligazioni del suo ufficio di trustee; b. - ha una posizione equidistante rispetto agli altri soggetti; c - non è, pertanto, titolare di un interesse proprio nell'economia della situazione;

Una trattazione esauriente della figura del *trust* di garanzia esula dai confini della presente indagine, la quale ha inteso più semplicemente indicare che strade percorse dall'autonomia privata per superare le inadeguatezze dell'odierno sistema codicistico delle garanzie reali. Inoltre, l'ingresso del *trust* di scopo nel diritto dei rapporti patrimoniali segna senz'altro il compimento di un ulteriore passo verso l'erosione di antichi dogmi quali quello dell'universalità della responsabilità patrimoniale e della *par condicio creditorum*.

¹¹⁷ Si veda sul *trust*, in generale, GATT, *Dal trust al trust*, Napoli, 2010, *passim*.

PARTE SPECIALE

CAPITOLO I

ALCUNI PROBLEMI IN MATERIA DI SERVITÙ PREDIALI

Sommario: 1. *Nozione. La bipolarità delle servitù: il concorso della disciplina legale con quella convenzionale.* 2. *L'utilità del fondo dominante.* 2.a. *Le servitù industriali;* 2.b. *La servitù di non concorrenza.* 2.c. *L'inammissibilità delle servitù aziendali.* 3. *Le servitù c.d. irregolari o personali: la distinzione dalle pattuizioni di natura meramente obbligatoria. Le servitù d'uso pubblico.*

1. Nozione. La bipolarità delle servitù: il concorso della disciplina legale con quella convenzionale.

1.1. - Il codice civile italiano disciplina le servitù prediali nel titolo VI del libro III, comprendente otto capi [artt. 1027- 1099].

L'art.1027 cod. civ., rubricato «*contenuto del diritto*», definisce la servitù come « *il peso imposto sopra un fondo per l'utilità di un altro fondo appartenente ad un diverso proprietario* ».

L'idea posta a base di questo istituto è sostanzialmente quella della “cooperazione fondiaria”: ossia l'attribuzione di utilità da un fondo

all'altro per una migliore valorizzazione della proprietà immobiliare. Fonte o titolo formale del diritto di servitù può essere un atto di autonomia privata (contratto o testamento), una sentenza ovvero un provvedimento amministrativo. Fonte non formale è il possesso *ad usucapionem*; nonché la c.d. destinazione del padre di famiglia.

I tipi di servitù sono vari; ma l'art. 1027 cod. civ., unitamente alle altre disposizioni che compongono il capo I del titolo VI [artt.1027 - 1031] alludono ad una figura generale (la servitù) che rappresenta il calco intorno al quale ruota la potestà regolamentare dei privati ¹¹⁸. Ciò a differenza di quanto capita per gli altri diritti reale minori il cui contenuto è già predeterminato dal legislatore.

Può, allora, dirsi che la costituzione delle servitù si realizza nei modi e nelle misure previste dalla legge; questa per un verso, si avvale della volontà delle parti in sede di determinazione del contenuto; per altro verso e al tempo stesso, concreta meccanismi particolarmente incisivi di limitazione di tale volontà; [...] delimita l'alveo entro il quale la fattispecie è identificabile come servitù ¹¹⁹.

1.2. - Fissiamo ora alcuni tratti costanti della servitù:

La servitù riguarda una relazione che si costituisce per effetto di un titolo (formale o non formale) tra due fondi (l'uno servente, l'altro dominante) ed appartiene, in ragione di tale inerenza "fondiaria", al novero dei diritti reali minori (rispetto a quello maggiore di proprietà). La relazione tra fondi è di carattere oggettivo; tale, cioè, da escludere che nello schema della servitù possa rientrare o essere dedotto un *facere* a carico del proprietario del fondo servente in favore del proprietario del fondo dominante (c.d. servitù personale).¹²⁰ Ben vero, l'art. 1030 cod.

¹¹⁸ BURDESE, *Servitù prediali*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da GROSSO E SANTORO-PASSARELLI, Milano, 1960, p. 4.

¹¹⁹ POLLICE, *Introduzione allo studio dei diritti reali*, p. 150.

¹²⁰ Il *Code Napoléon* (art. 686) stabilisce che le servitù possono costituirsi solo sui fondi

civ. stabilisce, in linea di principio, che “*il proprietario del fondo servente non è tenuto a compiere alcun atto per rendere possibile l’esercizio della servitù da parte del titolare*”; tuttavia, aggiunge “*salvo che la legge o il titolo disponga altrimenti*”. Si tratta – come precisa la rubrica dell’articolo in commento - di “*prestazioni accessorie*” che non rappresentano il contenuto della servitù, ma finalizzate a rendere possibile l’esercizio della stessa (cc.dd. obbligazioni *ob* o *propter rem*, cfr. art. 1070 cod. civ.).

Il carattere reale della relazione in esame – e, quindi, la possibilità del ricorso alle corrispondenti tutele (cfr. art. 1079 cod. civ.) – è tale in tutti i casi in cui la fattispecie concreta presenti le caratteristiche previste dal legislatore per la figura generale. In mancanza, la qualificazione della fattispecie concreta, ricorrendone altri presupposti, sarà orientata verso il riconoscimento di un rapporto obbligatorio.

Il contenuto e il limite della servitù è determinato dalla sua destinazione alla utilità obiettiva del fondo dominante.

Poste queste premesse ben note e di carattere molto generale, conviene ora focalizzare l’attenzione su talune figure di servitù che presentano una certa problematicità riguardo il loro inquadramento.

2. *L’utilità del fondo dominante*

Elemento funzionale della servitù è l’utilità, data dal vantaggio obiettivo, socialmente apprezzabile, che il fondo trae dalla servitù e che si traduce in una qualità giuridica. Chi gode del vantaggio è il proprietario del fondo dominante, che è il titolare del diritto, ma l’utilità inerisce al fondo in quanto ne rende più ampio il godimento. Funzione propria

per l’utilità di un altro fondo, mai di una persona, intendendo così abolire le c.d. servitù personali per timore di far rivivere antistoriche prestazioni feudali a base personale: si consolida così la configurazione fondiaria della servitù, quale rapporto economico fra due fondi, che, attraverso i codici preunitari ed il codice civile del 1865, possa poi nel vigente codice civile.

della servitù è il soddisfacimento dell'interesse fondiario.

L'utilità pur se non perpetua ma provvisoria, con il solo limite dell'effimero¹²¹, può consistere anche nella maggiore comodità o amenità del fondo dominante¹²² o anche nella destinazione industriale del fondo, in modo da rendere più agevole l'attività connessa a tale destinazione (ex. 1028 cod. civ.).

L'utilità sussiste anche se manca la contiguità fra il fondo servente e quello dominante, atteso che ciò che rileva è il vantaggio che deriva al fondo dominante dal contenuto della servitù¹²³.

In proposito, la giurisprudenza afferma che la vicinanza dei fondi non rappresenta un requisito giuridico autonomo per l'esistenza della servitù; è, invece, necessario che i fondi siano in posizione tale da consentire l'attuazione del requisito dell'utilità in favore del fondo dominante.¹²⁴

L'utilità di cui si discorre, però, non può essere oggetto di una valutazione soggettiva, ma deve essere oggettiva, riferita, cioè, al fondo nella sua concreta destinazione e conformazione. In sostanza l'utilità deve poter essere tratta da qualsivoglia proprietario e non già da quel singolo proprietario, in ciò consistendo la caratteristica della realtà e del riferimento della servitù al fondo e non al suo proprietario¹²⁵. Tale indagine potrà in concreto presentare più difficoltosa quando si tratta di stabilire i criteri della comodità e della amenità, che possono essere a volte suscettibili di valutazione prevalentemente soggettiva.

¹²¹ Cass., 22 gennaio 2001 n. 883, in *Riv. Not.*, 2001, 1469

¹²² Cass., 16 ottobre 2002, n. 14693, in *Riv. Not.*, 2003, 1012; Cass., 20 ottobre 1997 n. 10250, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1998, I, 605; Cass. 25 novembre 2008 n. 28135; Cass. 17 febbraio 2005 n. 3273

¹²³ Cass., 14 maggio 1979, n. 2801; Cass., 12 maggio 1973, n. 1323, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, 1084

¹²⁴ Cass., 27 maggio 1960, n. 1372, secondo cui “*per la servitus altius non tollendi, con la quale vengono assicurati ad un fondo panorama, veduta, luce ed aria, è indispensabile che la distanza o altre particolari situazioni dei luoghi non escludano l'utilità.*”

¹²⁵ Cass. 29 agosto 1991, n. 9232

2.a. Le servitù industriali

Sono esplicitamente ammesse le servitù industriali, purché da un lato il peso sia imposto al fondo e dall'altro l'utilità inerisca alla destinazione industriale (o commerciale, artigianale, artistica o professionale) di questo, come espressamente disposto dall'art. 1028 del cod. civ.

«La destinazione industriale del fondo alla quale, ai sensi dell'art. 1028 c.c. può inerire l'utilità costituente, in corrispondenza di un peso imposto ad altro fondo di diverso proprietario, il contenuto di una servitù industriale, ha riferimento all'industria non quale attività di trasformazione di materie prime o di energia ma quale attività umana diversa dalla coltivazione ed utilizzazione diretta del fondo, sicché essa può ricorrere anche nel caso di destinazione del fondo ad attività commerciale, artigianale, artistica o professionale, restando peraltro escluso, nella determinazione dell'utilità inerente alla servitù, ogni riferimento ad elementi soggettivi ed estrinseci relativi all'attività personale del proprietario del fondo dominante e dovendo aversi riguardo unicamente al fondamento obiettivo e reale dell'utilità stessa»,¹²⁶.

L'industria deve essere lo strumento per una più efficace o più intensificata utilizzazione del fondo dominante: *«una servitù industriale è configurabile solo nel caso in cui l'industria sia lo strumento per una più efficace utilizzazione del fondo dominante; pertanto non ha carattere reale la servitù di apposizione e di mantenimento del cartellone pubblicitario in quanto l'apposizione di cartello pubblicitario sul fondo altrui non rappresenta un sistema necessario affinché si eserciti un'attività industriale su un determinato fondo»*¹²⁷.

“La natura dell'istituto della servitù, che non varia in ragione della destinazione industriale dei fondi interessati, va ravvisata nella sottoposizione

¹²⁶ Cass., sez. II, 29 novembre 2000 n. 15326, in *Mass.*, 2000; Cass., 22 dicembre 1994 n. 11064

¹²⁷ Pret. Torino, 24 marzo 1989, in *Arch. Civ.*, 1990, 67

di un fondo al servizio dell'altro; e l'unica connotazione caratterizzante la servitù industriale è quella della natura dell'attività espletata su entrambi o su uno dei fondi interessati. Non è configurabile una servitù prediale nell'ipotesi di accordo che non preveda l'asservimento di un fondo all'altro, ma solo l'obbligo di non esercitare una facoltà inerente a un fondo a favore dell'altro, in particolare quella di chiedere al comune la concessione a fruire di un'area determinata onde apporvi tavoli e sedie, al fine di non contrastare l'altro fondo nell'esercizio di analoga facoltà.»¹²⁸

«Per stabilire il carattere industriale della destinazione di un fondo, occorre riferirsi al termine "industria" non nel significato tecnico moderno, ma nella sua più ampia accezione romanistica, in cui si mira a porre in luce l'attività dell'uomo diversa dalla coltivazione o utilizzazione diretta del fondo. Pertanto, in tema di *actio confessoria* di una servitù, che si assume costituita per destinazione del padre di famiglia, costituisce punto centrale della causa l'accertare se l'*utilitas* (vantaggio derivante dal peso imposto al fondo servente) sia effettivamente a favore del fondo dominante in relazione alle sue attitudini a sede di attività industriale intesa nel senso anzidetto o se, invece, sia a favore dell'azienda esercitata sul fondo, derivandosene nel primo caso l'esistenza di una "servitù industriale" e nel secondo quella di un mero vincolo obbligatorio». (Nella specie, il proprietario di un locale terraneo, destinato ed attrezzato ad esercizio di macelleria, il quale apposta un'insegna luminosa installandola lungo la ringhiera di un terrazzo soprastante di proprietà di un terzo, assumeva che il peso imposto sul fondo di quest'ultimo era stato consentito, prima che egli facesse acquisto del locale, dall'unico originario proprietario dell'intero immobile, che in tempo successivo aveva venduto il piano soprastante al terzo, e che, pertanto, per destinazione del padre di famiglia, si era inteso costituire una servitù di appoggio sulla ringhiera del terrazzo ed a favore del locale terraneo)¹²⁹.

¹²⁸ Cass. 12 aprile 2011, n. 8363

¹²⁹ Cass. 4 aprile 1966 n. 864, in *Foro It.*, 1966, I, 1955

Il passaggio della generalità dei fornitori e dei clienti, attuali o potenziali, su di una strada di accesso ad un immobile destinato ad attività commerciale costituisce utilità inerente all'immobile nella sua funzione e non all'azienda che in esso opera, e può formare oggetto di una servitù industriale, nell'ampia accezione di attività umana diversa dalla coltivazione ed utilizzazione diretta del fondo.

«Ove, con deliberazione congiuntamente adottata dai condomini proprietari, ciascuno per un tratto, di una strada di collegamento fra i diversi edifici condominiali, venga disposta la chiusura continua dei cancelli d'accesso alla strada anzidetta, con consegna ai condomini del congegno elettronico di apertura, la concreta attuazione di tale delibera non può configurare lesione del possesso esercitato dai condomini "iure proprietatis", sul tratto di strada appartenente al condominio del quale essi fanno parte, dal momento che, quanto alle modalità di esercizio del loro diritto sulle parti comuni, essi, come condomini, sono vincolati alla volontà espressa dalla maggioranza ma ben può integrare una lesione possessoria con riguardo al passaggio da essi esercitato sull'intera strada "iure servitutis". Il passaggio della generalità dei fornitori e dei clienti, attuali o potenziali, su di una strada di accesso ad un immobile destinato ad attività commerciale costituisce utilità inerente all'immobile nella sua funzione e non all'azienda che in esso opera, e può formare oggetto di una servitù industriale, nell'ampia accezione di attività umana diversa dalla coltivazione ed utilizzazione diretta del fondo, fatta propria dall'art. 1028 c.c.; pertanto la chiusura degli accessi a tale strada mediante installazione di cancelli automatici, con contestuale consegna ai proprietari dell'immobile del congegno elettronico di apertura, costituisce una diminuzione apprezzabile della "utilitas" del fondo dominante e legittima il ripristino della situazione anteriore alla chiusura»¹³⁰.

¹³⁰ Cass. 22 dicembre 1994 n. 11064, in *Arch. Locazioni*, 1995, 627

2.b. *Le servitù industriali di non concorrenza*

L'ammissibilità di servitù industriali di non fare, sotto forma di patto di non concorrenza tra imprenditori commerciali, concorre a porre l'istituto della servitù in una prospettiva moderna, dimostrandone le possibili applicazioni a campi di interesse attuale. La giurisprudenza successiva all'entrata in vigore del nuovo codice è sul punto costante.

Nell'ambito delle servitù a scopo industriale, ammesse dall'art. 1028 cod. civ., può farsi rientrare anche una servitù che abbia come contenuto un divieto di non concorrenza a carico di un fondo dove si eserciti una certa attività imprenditoriale ed a favore di altro fondo sede di un'attività concorrente; ma, affinché un patto che abbia tale contenuto possa essere qualificato come servitù, è necessario che sussistano i caratteri della predialità e della inerenza passiva al fondo servente, cioè l'obbligo del proprietario di astenersi dall'esercizio di attività, rispetto al fondo, che avrebbe potuto esercitare nell'esplicazione delle sue potestà dominicali¹³¹.

La dottrina dominante le ammette a condizione che il patto si riferisca ad un fondo avente destinazione industriale¹³².

È stato specificato, però che: *La singolarità degli accordi conclusi tra le parti, va nella specie ravvisata, nel fatto che gli stessi non prevedevano l'asservimento di un fondo all'altro, ma il mancato utilizzo di una facoltà inerente ad un fondo a favore dell'altro, cioè quella di chiedere (o di non chiedere) al Comune, la concessione a fruire di una area determinata onde apporvi tavoli e sedie onde non contrastare l'altro fondo nell'ottenimento di tale facoltà. In una situazione siffatta, risulta evidente che non è ravvisabile la struttura del diritto reale della servitù, atteso che non si ha la sottoposizione di un fondo al servizio dell'altro, ma l'impegno a non esercitare una*

¹³¹ Cass. 7 dicembre 1962, in *Giust. civ.*, 1962, I, 204, anche in *Foro It.*, 1963, I, 962

¹³² GROSSO, DEIANA, *Le servitù prediali*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1963, 128.

*facoltà su di un fondo appartenente a terzi, donde l'esclusione del rapporto tra fondi tipico della servitù, ma una obbligazione personale a tenere un determinato comportamento.*¹³³

Si ammette che, tra le servitù industriali, possa rientrare anche la servitù di non concorrenza, quando il fondo dominante sia stato specificamente e strutturalmente adattato alla destinazione industriale, sicché giova ad esso tutto quanto giova all'industria cui esso è ordinato, in un rapporto di vera e propria connaturazione.

In giurisprudenza, nel passo riportato di seguito, se ne riconosce la configurabilità, in quanto si legge che:

*«la servitù industriale è caratterizzata dalla particolare utilitas conseguita in concreto dal fondo dominante; sicché un divieto di costruire determinate opere ed installazioni atte all'esercizio di una attività produttiva, a tutela dell'analoga destinazione industriale del fondo dominante, non può indurre a configurare, nel concorso di tutti gli altri requisiti, una servitù industriale di non concorrenza. La configurabilità della detta servitù deve, peraltro, escludersi, per il difetto dei necessari requisiti dell'inerenza prediale attiva delle utilitas e dell'inerenza prediale passiva del "peso" corrispondente, nell'ipotesi in cui la durata del divieto sia pattiziamente limitata al tempo in cui una determinata attività industriale sia esercitata dall'attuale proprietario di uno dei fondi e non sia posta alcuna limitazione all'esercizio dell'attività dominicale da parte del proprietario dell'altro fondo»*¹³⁴.

Sarebbe invece irregolare, e quindi inammissibile, una servitù di non concorrenza costituita a vantaggio di una azienda industriale o commerciale che non sia strumentalmente collegata col fondo, come nel caso di un fondo adibito a negozio di confezioni, ma suscettibile di altra utilizzazione: *«perché possa ritenersi costituita una servitù, la cui utilità inerisca alla destinazione industriale del fondo dominante, occorre che l'at-*

¹³³ Cassazione civile n. 8363 del 2011 cit.

¹³⁴ Cass., 6 novembre 1968 n. 3664, in *Giust. Civ.*, 1969, I, 897

tività stessa attenga ad un'attività industriale (o anche commerciale) che si svolga necessariamente e non soltanto occasionalmente, attraverso l'uso del fondo (predialità), e pertanto non possono essere riconosciuti i caratteri della servitù nel patto di non concorrenza stipulato tra i proprietari di due fondi contigui, in relazione ad attività commerciali che avrebbero potuto essere svolte anche in fondi diversi»¹³⁵.

Si ritiene che il *leading case* in materia sia rappresentato da Cass. 22 gennaio del 1949,¹³⁶ che ammette la configurabilità del divieto di concorrenza quale legittima fattispecie di servitù industriale.

La richiamata sentenza aveva ad oggetto l'accertamento della servitù in favore di uno stabilimento idrotermale ed a carico dei proprietari di quattro sorgenti di acqua termale.

Per la Corte, questione preliminare era quella di accertare « *la sussistenza dei requisiti indispensabili per le ritenute servitù prediali, sia per quanto concerneva la servitù di derivazione delle acque delle sorgenti (...), sia per quanto riguardava il divieto di concorrenza*». Quest'ultimo, se di carattere obbligatorio, si sarebbe prescritto ex art. 2596 cod. civ. Sul punto, la Cassazione stabilisce che «*nel patto del divieto della concorrenza, si riscontra una servitù negativa industriale stabilita a carico dei medesimi fondi di proprietà ed a maggior vantaggio sempre del fondo di proprietà della società (stabilimento), tenendo presente il tenore della clausola convenuta, la sua efficacia stabilita in via perpetua, anche a carico degli aventi causa e l'avvenuta trascrizione*».

Infatti, «*la servitù richiede un rapporto di subordinazione tra due fondi; in guisa che l'uno si avvantaggi di un'utilità, che costituisce peso per l'altro e si operi una minorazione giuridica ed economica del fondo servente ed una maggiorazione di quello dominante. Il diritto di derivare e di convogliare le acque stabilito a favore di un fondo in via perpetua ed a carico*

¹³⁵ Cass., 24 agosto 1977 n. 3852, in *Foro It.*, 1978, I, 85

¹³⁶ *Riv. dir. comm.*, 1949, II, 154

di un altro, nel suo intrinseco contenuto e nella sua costruzione giuridica, costituisce appunto una servitù prediale. Lo stesso dicasi per il divieto di concorrenza imposto a carico dei medesimi fondi di proprietà del fondo servente ed a vantaggio di quello dominante della società, per il sempre maggiore incremento del medesimo. Che la concessione sia stata di carattere reale era confermato dal fatto che era stata eseguita la trascrizione. Altra conferma ancora più univoca e decisiva ha ricavato la Corte di merito dalla circostanza che il divieto era stato imposto a carico anche degli eredi ed aventi causa dei proprietari del fondo servente. e quindi con carattere di perpetuità. (...). La servitù costituita in favore del fondo conferito nella società, seguiva il fondo anche nei suoi trasferimenti; per cui si è legittimamente trasferita in favore del... e dei suoi aventi causa, come altra delle pertinenze funzionali dell'universitas facti stabilimento da loro acquistato. Implicitamente la Corte di merito ha escluso che nel caso si trattasse di obligatio propter rem, che è caratterizzata dal suo sorgere, come accessorio di altro rapporto costitutivo di un diritto reale; mentre nella specie si aveva una vera e propria servitù» (ibidem).

La riferita decisione è stata così massimata: *«Il patto del divieto di concorrenza su un fondo, stabilito con carattere di perpetuità anche a carico degli eredi ed aventi causa a favore di uno stabilimento termale esistente su un altro fondo, per cui è seguita la trascrizione, deve intendersi come costituzione di servitù»¹³⁷.*

¹³⁷ Riv. dir. comm., 1949, 154; anche in Rep. Foro it., 1949, Servitù, n. 15,1534; Ma è stato anche ritenuto che, qualora il venditore di un immobile ad uso di negozio assuma verso il compratore un impegno temporaneo di non concorrenza nonché quello di inserire analoga clausola nei futuri atti di vendita degli altri locali ubicati nella stessa zona, ed il compratore conceda in locazione il negozio con tutti i diritti e le utilità garantitegli dal dante causa, l'impegno del suddetto locatore non può configurarsi nè come promessa del fatto del terzo ex art. 1381 c.c., nè come obbligo di mantenere la cosa locata in stato da servire all'uso convenuto ex art. 1575, n. 2, c.c., trattandosi di mera obbligazione fideiussoria del locatore connessa al godimento del bene, mentre l'impegno assunto dal venditore non conferisce all'immobile una *utilitas* configurabile quale *qualitas* dello stesso e quindi come una servitù, né resta inquadrabile tra le obbligazioni *propter rem* a favore del

Il caso in questione, tuttavia, si riferisce ad uno stabilimento idrotermale, che per sua natura consente di valutare con maggiore forza il grado di strumentalità della servitù ad esso relativa rispetto all'utilità del fondo stesso. Più complesso appare, invece, il caso, sovente affrontato nella casistica giurisprudenziale, di servitù di non concorrenza relativa ad albergo.

In successive pronunce, la giurisprudenza ha continuato ad ammettere, in differenti fattispecie, la possibilità di qualificare il divieto di non concorrenza come servitù industriale di *non facere*.

Proprio le controversie in tema di servitù relative ad alberghi hanno segnato l'occasione per la giurisprudenza di tracciare un netto *discrimen* tra servitù aziendale e servitù industriale (su cui più diffusamente *infra*) A tale proposito merita essere citata la sentenza della Corte d'Appello di Milano del 26 luglio 1957¹³⁸ che recita:

“È estranea all'ordinamento positivo italiano la figura della servitù aziendale, costituita cioè a carico o a favore di un'azienda e che prescinda dal concetto di utilità fondiaria e dai limiti entro i quali questo concetto viene adattato alle servitù industriali. Mentre è concepibile una servitù industriale avente come oggetto un non facere, ed in particolare un obbligo di non concorrenza, non si può ammettere la validità della costituzione di siffatta servitù a favore di un'impresa alberghiera, per la duplice ragione che questa non può essere considerata un'attività industriale, nel senso proprio che si ricollega al concetto tecnico di industria, né comunque è tale da realizzare col fondo su cui viene esercitata quell'intimo legame strutturale che costituisce il presupposto dell'utilità fondiaria necessaria all'esistenza della

proprietario o di chi abbia diritto di godimento dell'immobile, ma costituisce un rapporto obbligatorio che produce i suoi effetti solo fra le parti del contratto di compravendita, cosicché la violazione del suddetto impegno non consente al conduttore di invocare la tutela aquiliana del suo diritto personale di godimento direttamente nei confronti del venditore (Cass. 5 febbraio 1987, n. 1136).

¹³⁸ *Foro Pad.*, 1958, I, 764

servitù”¹³⁹ che fissa con chiarezza i presupposti della servitù industriale di non concorrenza:

“Presupposto della servitù industriale è l’inerenza strutturale dell’industria al fondo dominante; in altri termini l’utilità della servitù deve provenire dal fondo e attraverso il fondo, per cui il divieto di concorrenza può configurarsi come servitù quando importi astensione dall’esercizio di attività rispetto al fondo che il proprietario, come tale, avrebbe potuto esercitare, mentre tale non può qualificarsi se il vantaggio della concorrenza sia utile non al fondo altrui, ma all’industria come tale”.

Numerose sentenze successive ripetono con formula sostanzialmente analoga alla massima codificata dalla citata Cass., 8 luglio 1959, n. 2193.¹⁴⁰

Deve essere sottolineato come la maggior parte delle sentenze citate neghino nel caso di specie deciso la configurabilità di una servitù industriale di *non facere* non perché essa non sia in sé ipotizzabile - al contrario, è sempre considerata ammissibile - bensì perché non se ne ravvisano i requisiti in concreto, in particolar modo quello della predialità, come sopra definita in termini di inerenza strutturale dell’industria al fondo, in modo che l’utilità derivi all’industria da e mediante il fondo.

Unica voce contraria alla predetta giurisprudenza la si ritrova in una decisione del Tribunale di Udine, 21 dicembre 1964¹⁴¹ ove si nega la configurabilità nel diritto italiano della servitù di non concorrenza sulla

¹³⁹ In modo conforme muove Cass., 8 luglio 1959, n. 2193, in *Mass. Giust. civ.*, 1959, 745

¹⁴⁰ Tra queste ricordiamo: Cass., 7 dicembre 1962, n. 3298, in *Giust. civ.*, 1962, I, 2047; Cass., 16 luglio 1964, n. 1936, in *Mass. Giust. civ.*, 1964, 876 e in *Giust. civ.*, 1965, I, 145, in merito ad una fattispecie relativa a case di cura; Trib. Grosseto, 31 dicembre 1963, in *Giur. it.*, 1965, I, 2, 822 e in *Giur. tosc.*, 1965, 654; Cass., 29 luglio 1965, n. 1832, in *Mass. Giust. civ.*, 1965, 942 e in *Giur. it.*, 1967, I, 1, 117; Cass., 6 novembre 1968, n. 3664, in *Mass. Giust. civ.*, 1968, 1918; Cass., 9 giugno 1976, n. 2122; Cass., 24 agosto 1977, n. 3852, in *Mass. Giust. civ.*, 1977, 1562; in *Foro pad.*, 1977, 1, 178; in *Giust. civ.*, 1978, I, 777; Cass., 15 novembre 1986, n. 6740, in *Mass. Giust. civ.*, 1987, fasc. 11.

¹⁴¹ *Foro pad.*, 1965, I, 906; in *Giur. it.*, 1965, I, 1, 838; in *Riv. dir. it.*, 1965, II, 337

scorta dell'inammissibilità del divieto di concorrenza quale peso oggettivo del fondo, in quanto considerato sempre e solo un peso gravante sulla persona - con la conseguenza che l'utilità risulta non inerente al fondo bensì all'esercizio di attività localizzate sul fondo.

2.c. L'inammissibilità delle servitù aziendali

Il codice civile vigente ignora le servitù aziendali.

Nella Relazione del Guardasigilli al cod. civ. (n. 114) si legge che sarebbe alterato lo schema tradizionale delle servitù prediali se si consentisse di costituire una servitù a favore di un'azienda industriale indipendentemente dal legame dell'industria con un determinato immobile; si giunge dunque a negare tale ipotesi in quanto avrebbe alterato lo schema tradizionale delle servitù, collegata comunque a parametri di utilità anche nel caso di inerenza alla destinazione industriale del fondo.

La servitù aziendale, spettante cioè all'azienda come tale, indipendentemente dal fondo, non è ammissibile come servitù, in quanto prescinde dal criterio dell'utilità fondiaria: il relativo contratto, pertanto, si risolve in un atto costitutivo non di una servitù, ma di obbligazioni a carattere personale.

Non è servitù la possibilità di appoggio di una insegna luminosa a vantaggio di un negozio vicino o l'apposizione di un cartellone pubblicitario su fondo altrui, in quanto tale apposizione non rappresenta un sistema necessario affinché si eserciti un'attività industriale su un determinato fondo:

«una servitù industriale è configurabile solo nel caso in cui l'industria sia lo strumento per una più efficace utilizzazione del fondo dominante; pertanto non ha carattere reale la servitù di apposizione e di mantenimento del cartellone pubblicitario in quanto l'apposizione di cartello pubblicitario sul fondo altrui non rappresenta un sistema necessario affinché si eserciti

un'attività industriale su un determinato fondo»¹⁴².

Non è configurabile, inoltre, quale servitù per utilità inerente alla destinazione industriale del fondo dominante, riconosciuta dall'art. 1028 c.c., ma quale servitù aziendale, la servitù di passaggio costituita in favore di un fondo adibito ad industria termale al fine di consentire alla clientela di questa di raggiungere il mare, trattandosi di utilità inerente non all'industria, quanto all'azienda che insiste sul fondo, in funzione dell'offerta di maggiori servizi, consistenti, nella specie, nel servizio di balneazione marittima:

È da osservare che il contenuto di una servitù prediale è costituita dall'utilità di un fondo, cui specularmente corrisponde un peso imposto su un altro fondo appartenente a diverso proprietario (ex art. 1027 c.c.) e che tale utilità può consistere nella maggiore comodità del fondo dominante e può del pari essere inerente alla destinazione industriale del fondo (ex art. 1028 c.c.).

L'utilità del fondo, in altri termini, è ciò che lo rende idoneo a servire per quegli scopi a cui può essere destinato. Per quanto attiene alla destinazione industriale del fondo, alla quale fa riferimento l'ultimo inciso dell'art. 1028 c.c., secondo una approfondita e consolidata elaborazione giurisprudenziale oltreché dottrinale, occorre riferirsi al termine "industria" i non nel significato tecnico moderno, come attività di trasformazione di materia prima e di energie, ma nella più ampia accezione romanistica, nella quale si pone in luce l'attività dell'uomo diversa dalla coltivazione ed utilizzazione diretta del fondo. E pertanto tale destinazione di un fondo ad attività di industria vera e propria, anche dalla sua destinazione ad attività commerciale, come

¹⁴² Pret. Torino, 24 marzo 1989, in *Arch. Civ.*, 1990, 67. In particolare, si è ritenuto che il consenso di un proprietario di un edificio all'appoggio di un'insegna luminosa a vantaggio di un negozio vicino non sia configurabile come servitù, con la conseguenza, nell'ipotesi di alienazione dell'edificio, dell'inopponibilità di tale consenso al nuovo proprietario: cfr. CLAUSI SCHETTINI, *Le c.d. servitù irregolari ed il diritto di appoggiare insegne pubblicitarie sulle pareti esterne di un immobile*, in *Foro it.*, 1952, I, 19.

*pure artigianale, artistica e professionale*¹⁴³.

*Giova precisare ancora che, ai fini della determinazione dell'utilità inerente ad una servitù, non può farsi riferimento ad elementi soggettivi ed estrinseci, relativi all'attività personale svolta dal proprietario del fondo dominante, ma deve aversi riguardo unicamente al fondamento obiettivo e reale dell'utilità stessa, sia dal lato attivo sia da lato passivo.*¹⁴⁴

3. Le servitù c.d. irregolari o personali: la distinzione dalle pattuizioni di natura meramente obbligatoria

Dalla necessità che la servitù sia qualificata e giustificata dalla utilità oggettiva del fondo dominante, deriva che il codice non ammette più le c.d. servitù personali o irregolari, intese come limitazioni al diritto di proprietà su di un fondo non a vantaggio di un altro fondo, ma a beneficio di una persona.

Una siffatta convenzione negoziale, del tutto inidonea alla costituzione di un diritto reale limitato alla servitù, potrà semmai inquadrarsi nell'ambito del diritto reale d'uso, ovvero nello schema del contratto di locazione o dei contratti finitimi, quali affitto e il comodato¹⁴⁵.

In tali casi:

«Il codice civile vigente, come già quello abrogato, non consente che possano essere costituite le cosiddette servitù irregolari, per le quali trascendendo l'essenza reale del diritto, uno speciale servizio o una particolare utilità siano

¹⁴³ Cass. 22 dicembre 1994 n. 11064; ma in tal senso, già Cass. 4 aprile 1966 n. 854; Cass. 29 luglio 1964 n. 2149; Cass. 7 dicembre 1962 n. 3298

¹⁴⁴ Cass. 27 settembre 2012 n. 16427 in *Rivista del Notariato*, 2013, pag. 72 con nota di MUSOLINO *Le servitù industriali e le servitù aziendali*. La qualificazione della posizione soggettiva in considerazione del *modus servitutis* e della distinzione fra *utilitas* e *commoditas*.

¹⁴⁵ Cass., 20 novembre 2002, n. 16342

attribuiti in via obbligatoria e personale ad una determinata persona»¹⁴⁶.

In tal senso si pone unanime la stessa dottrina secondo cui «*le servitù irregolari (diritti reali d'uso limitato di un fondo a vantaggio di una persona) non hanno trovato cittadinanza neanche nel codice attuale*»¹⁴⁷.

Si è già avvertito che la non configurabilità nel nostro ordinamento di limitazioni al diritto di proprietà su un fondo a beneficio di una persona, anziché di altro fondo, se da un canto comporta la nullità della costituzione della servitù per contrarietà al principio del numero chiuso dei diritti reali; dall'altro non è di ostacolo alla possibilità di costituire diritti personali, a contenuto obbligatorio, che conferiscano al creditore la facoltà di trarre alcune utilità dal fondo di proprietà del debitore. Infatti, si legge in giurisprudenza:

*«la configurabilità, nel nostro ordinamento, delle servitù c.d. personali, intese come limitazioni al diritto di proprietà su un fondo a beneficio di una persona, anziché di altro fondo, non osta alla possibilità di costituire diritti personali, a contenuto obbligatorio, che conferiscano al creditore la facoltà di trarre alcune utilità dal fondo di proprietà del debitore»*¹⁴⁸. Per cui, seppure

«il vigente ordinamento giuridico non prevede la facoltà, per i privati, di costituire servitù meramente personali (cosiddette irregolari), intese come limitazioni del diritto di proprietà gravanti su un fondo a vantaggio non del fondo finitimo, bensì del solo proprietario di quest'ultimo. Una siffatta convenzione negoziale, pertanto, del tutto inidonea alla costituzione del diritto reale limitato, va inquadrata nell'ambito del diritto d'uso ovvero

¹⁴⁶ Cass., 23 febbraio 1963 n. 448, in *Giust. Civ.*, 1963, I, 1053; in senso conforme Cass., 21 ottobre 1965, n. 2169, in *Rep. Giust. civ.*, 1965, voce «servitù», n. 112; Cass., 20 ottobre 1965, n. 2157, in *Mass.*, 1965, 1108

¹⁴⁷ In tal senso, BRANCA, *Servitù prediali*⁵, in *Comm. Scialoja e Branca*, (art. 1027-1099), 1979, 8; cfr. GROSSO, *Le servitù prediali*³, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1980, 61 ss.; BIONDI, *Le servitù*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1967, 108 ss.

¹⁴⁸ Cass., 10 gennaio 1977 n. 76, in *Mass.*, 1977

dello schema del contratto di locazione o contratti affini, come l'affitto o il comodato»¹⁴⁹.

Di recente, la giurisprudenza della S. C. ha privilegiato il principio dell'autonomia negoziale per riconoscere la possibilità di costituire vincoli obbligatori di tal fatta, pur distinguendoli per il difetto del requisito della realtà: *“questa Corte ha già avuto modo di affermare che, in base al principio dell'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c., è consentito alle parti di sottrarsi alla regola della tipicità dei diritti reali su cose altrui attraverso la costituzione di rapporti meramente obbligatori. Pertanto, invece di prevedere l'imposizione di un peso su un fondo (servente) per l'utilità di un altro (dominante), in una relazione di asservimento del primo al secondo che si configura come una “qualitas fundi”, le parti ben possono pattuire un obbligo personale, configurabile quando il diritto attribuito sia previsto per un vantaggio della persona o delle persone indicate nel relativo atto costitutivo, senza alcuna funzione di utilità fondiaria¹⁵⁰.*

3.a. Le servitù pubbliche

Non sono servitù prediali, essendo carente il rapporto tra i fondi, i c.d. diritti di uso pubblico (sovente definiti come servitù pubbliche), aventi, ad esempio, come contenuto la facoltà di visitare una villa di interesse artistico o di passeggiare in un parco o di passare su una strada privata, quando il proprietario ha messo il bene a disposizione di una

¹⁴⁹ Cass., sez. III, 20 novembre 2002 n. 16342, in *Guida al Diritto*, 2003, 7, 73; in *Mass. Giur. It.*, 2002; in *Arch. Civ.*, 2003, 986; in *Gius*, 2003, 6, 617

¹⁵⁰ Cass. 4 febbraio 2010 n. 2651; Cass. 27 ottobre 2006 n. 23145; Cass. 29 agosto 1998 n. 8611; Cass. 29 agosto 1991 n. 9232. E più di recente in *Rivista del Notariato*, 2015, pag. 69, con nota di MUSOLINO, *Servitù irregolari obbligatorie e requisiti delle servitù prediali: la vicinanza dei fondi*. L'A., pur criticando la sentenza annotata per quanto riguarda l'esclusione nella fattispecie concreta della servitù di passaggio, qualifica, allorquando il rapporto non presenti le caratteristiche delle servitù prediali, le servitù irregolari come rapporti obbligatori atipici

comunità indeterminata per soddisfare un'esigenza comune non in via precaria e per mera tolleranza¹⁵¹, poiché il peso imposto su un fondo determinato, non è diretto a garantire l'utilità di un fondo dominante, ma a soddisfare un'esigenza di carattere generale, ossia il conseguimento di fini di pubblico interesse da parte di una comunità di persone considerate uti cives.

Ed infatti:

«nelle servitù di uso pubblico, al peso gravante sul fondo servente corrisponde dal lato attivo il conseguimento di fini di pubblico interesse da parte di una comunità di persone considerate uti cives, sicché la loro connotazione peculiare è data dalla generalità di uso indiscriminato da parte dei singoli e dalla oggettiva idoneità del bene privato al soddisfacimento di detto interesse collettivo» ed a conferma del fatto che non si tratta di un diritto di servitù si riconosce, *«nelle relative controversie la legittimazione, dal lato attivo e dal lato passivo, pur appartenendo principalmente alla amministrazione dell'ente, normalmente il comune, che rappresenta la collettività titolare del diritto, spetta anche a ciascun cittadino uti singulus e in nome proprio, il quale, quindi, è legittimato a stare in giudizio non solo per far valere quel diritto, ma anche per resistere a chi contesti, nei suoi soli confronti, l'uso pubblico, senza che, in tal caso, insorga un'ipotesi di litisconsorzio necessario tra lui e l'ente pubblico»*¹⁵².

Sebbene si tratti di limitazioni suscettibili di essere imposte attraverso il procedimento espropriativo, le servitù di uso pubblico hanno normalmente la loro fonte nel fatto stesso dell'uso pubblico del bene messo dal proprietario a disposizione della collettività; si tratta di diritti reali di godimento su fondi privati a favore di tutti gli abitanti di un comune o di una borgata che possono non interferire con la proprietà privata¹⁵³.

¹⁵¹ Cass. n. 12167 del 2002, in *Giust. civ.*, 2003, I, 66

¹⁵² Cass., 9 maggio 1987 n. 4284, in *Mass.*, 1987

¹⁵³ Cass., 3 ottobre 2000 n. 13087, in *Mass.*, 2000

Tali diritti sono designati genericamente dalla giurisprudenza servitù pubbliche:

*«la costituzione di una servitù ad uso pubblico sul bene privato, per effetto di *dicatio ad patriam*, postula un comportamento del proprietario che sia univocamente rivolto a mettere a disposizione l'immobile, per il soddisfacimento di esigenze della collettività indeterminata dei cittadini, con carattere di continuità e, quindi, non in via precaria o per mera tolleranza»¹⁵⁴.*

A tali servitù non si applica, quanto ai modi di costituzione, la disciplina delle servitù prediali contenuta nel codice civile.

La costituzione di un diritto di uso pubblico può avvenire anche mediante un provvedimento amministrativo oppure attraverso la *dicatio ad patriam*, che, è individuata dalla giurisprudenza, in un atto di messa a disposizione del proprio bene.

*“La cosiddetta *dicatio ad patriam* quale modo di costituzione di una servitù di uso pubblico, nel comportamento del proprietario che, se pur non intenzionalmente diretto a dar vita al diritto di uso pubblico, metta volontariamente, con carattere di continuità (non di precarietà e tolleranza), un proprio bene a disposizione della collettività, assoggettandolo al correlativo uso, che ne perfeziona l'esistenza, senza che occorra un congruo periodo di tempo o un atto negoziale od ablatorio, al fine di soddisfare un'esigenza comune ai membri di tale collettività *uti cives*, indipendentemente dai motivi per i quali detto comportamento venga tenuto, dalla sua spontaneità o meno e dallo spirito che lo anima. Tale accertamento in fatto è compito del giudice del merito ed è insindacabile in sede di legittimità se sorretto da motivazione sufficiente e non contraddittoria”¹⁵⁵.*

*“La “*dicatio ad patriam*”, quale modo di costituzione delle servitù, postu-*

¹⁵⁴ Cass., 3 febbraio 1988 n. 1072, in *Riv. Giur. Circolaz. e Trasp.*, 1988, 440

¹⁵⁵ Cass., sez. II, 12 agosto 2002 n. 12167 in *Mass. Giur. It.*, 2002, in *Arch. Civ.*, 2003, 693; in *Gius*, 2003, 1, 70; Cass. 10 dicembre 1994, n. 10574

*la un comportamento del proprietario del bene che, volontariamente anche se non spontaneamente e per spirito di liberalità, metta il bene medesimo a disposizione di una collettività di persone considerate “uti cives”, consentendone in modo continuativo l’uso, al fine di soddisfare le esigenze di un numero indeterminato di individui”*¹⁵⁶. La *dicatio ad patriam* non è un atto formale, ed in realtà, viene a coincidere con la consapevole tolleranza, da parte del proprietario, dell’uso pubblico del bene per una durevole esigenza.

L’atto è considerato volontario anche se non si ravvede la necessità della volontà degli effetti: *Una servitù di uso pubblico su una strada può sorgere anche per effetto della “dicatio ad patriam” che consiste nel mero fatto giuridico che il proprietario mette volontariamente (nel senso che occorre la volontà dell’atto, eventualmente desumibile anche da facta concludentia, pure se non è necessaria la volontà degli effetti), con carattere di continuità, una cosa propria a disposizione del pubblico e di assoggettarla all’uso correlativo, al fine di soddisfare una esigenza comune ai membri di tale collettività “uti cives”, indipendentemente dai motivi per i quali detto comportamento venga tenuto, dalla sua spontaneità o meno e dallo spirito che lo anima. Deriva da quanto precede, pertanto, che l’uso del bene da parte della collettività indifferenziata per un ragionevole lasso di tempo può comportare l’assunzione da parte del bene di caratteristiche analoghe a quelle di un bene demaniale.*¹⁵⁷

La giurisprudenza, nella sentenza n. 4895 del 16 novembre 1989, ammette la costituzione della servitù di uso pubblico per effetto di passaggio esercitato *ab immemorabili*¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Cass., sez. II, 4 giugno 2001 n. 7481, in *Mass. Giur. It.*, 2001; Cass., sez. II, 21 maggio 2001 n. 6924, in *Mass. Giur. It.*, 2001; Cass., sez. II, 22 gennaio 2001 n. 875, in *Mass. Giur. It.*, 2001; Cass., sez. II, 22 novembre 2000 n. 15111, in *Mass.*, 2000; App. Catania, 09 febbraio 1995, in *Nuova Giur. Civ.*, 1995, I, 1007

¹⁵⁷ Cass., 22 ottobre 2013, n. 23960

¹⁵⁸ L’immemorabile è un titolo di presunzione di legittimità di situazioni della cui origine nel tempo non si è avuta più memoria; generalmente si ritiene che detta figura abbia rilevanza solo nei rapporti di diritto pubblico. Nel diritto comune l’istituto si è andato

Inoltre, le servitù di uso pubblico possono essere anche usucapite, dal momento che il requisito dell'apparenza di cui all'art. 1061 riguarda solo le servitù in senso tecnico, come riconosciuta dalla Suprema Corte:

«le servitù di uso pubblico possono costituirsi per usucapione anche se manchino opere visibili e permanenti per l'esercizio di esse, in quanto il requisito dell'apparenza di cui all'art. 1061 c.c. riguarda soltanto le servitù prediali».¹⁵⁹

Si afferma ancora che la *deputatio ad cultum* costituisce una servitù di uso pubblico che si esplica sul bene edificio di culto, e consiste nell'assicurare a tutti l'ufficiatura del culto, senza che alcuno debba giustificare un particolare titolo di ammissione¹⁶⁰, pur precisandosi, che il diritto del cattolico di accesso alla chiesa per trattenersi in preghiera o per partecipare alle liturgie che ivi si celebrano, non può, pertanto, essere ricondotto ad una servitù di uso pubblico a rilievo culturale, elidendosi nella "dicatio ad cultum" l'elemento causale e funzionale della medesima servitù, in quanto l'esercizio del culto cattolico, da parte del "Populus Fidelium", non comporta in maniera manifesta, alcun "pati" od alcun "non facere", rispetto alla chiesa cattolica appartenente ad un beneficio ecclesiastico, essendo la stessa, istituzionalmente, diretta e destinata a quell'esercizio.¹⁶¹

Sulla questione è intervenuta anche la Suprema Corte¹⁶² la quale ha statuito che: *La sola circostanza certa dell'esposizione secolare, in chiesa, di un quadro a soggetto religioso di proprietà privata, se consente di ritenere il*

generalizzando, al punto da costituire un principio generale di acquisto dei diritti, pur in mancanza di un'espressa previsione nel nostro codice.

¹⁵⁹ Cass., 5 maggio 1998 n. 4528, in *Mass.*, 1998; da ultimo Cassazione civile, sez. un., 3 ottobre 2011, in *Riv. notariato*, fasc.5, 2012, pag. 1143, con nota di DAFARRA, *L'acquisto per usucapione della cosiddetta servitù di uso pubblico*.

¹⁶⁰ Pret. L'Aquila 25 maggio 1990

¹⁶¹ Tribunale Locri, 31 luglio 1980 in *Nuovo dir.* 1981, 134 (nota) e in *Dir. eccl.* 1981, II,408.

¹⁶² Cass., 16 marzo 1981, n. 1474

fatto oggettivo della venerazione da parte dei fedeli e la volontà del proprietario di consentire tale specifico uso, non implica, secondo, l'”id quod plerumque accidit”, l'intervento del potere ecclesiastico attraverso un apposito atto di “dicatio ad cultum”.

CAPITOLO II LA SUPERFICIE

Sommario: 1. *Genesi dell'istituto.* 2. *Il carattere reale del diritto di superficie.* 3. *I concetti di proprietà superficiaria e di proprietà separata.* 4. *Modi di costituzione: in particolare il contratto;* 5. *Il contenuto del diritto di superficie.* 6. *Diritto di superficie e condominio: la natura dell'atto costitutivo del cosiddetto «condominio precostituito».*

1. *Genesi dell'istituto.*

Il codice civile del 1865, analogamente ai codici degli Stati Italiani preunitari e al codice di Napoleone, non menzionava il diritto di superficie, ma il riconoscimento implicito di tale diritto era stato individuato dalla dottrina¹⁶³, che ammetteva la possibilità si derogasse alla regola dell'accessione, e, soprattutto, dalla giurisprudenza dell'art. 448 il quale, temperando l'assolutezza del principio *superficies solo cedit*, introduceva una presunzione *iuris tantum* di appartenenza delle costruzioni e delle opere al di sopra e al di sotto del suolo al proprietario di quest'ultimo. L'esplicita dizione «... *finché non consti del contrario*» consentiva,

¹⁶³ Cfr. COVIELLO, Nota a Cass. Civ., Sez. Un., 25 giugno 1892, in *Foro it.*, 1892, I, 10.

secondo l'interpretazione prospettata dai giudici, di provare che una costruzione o piantagione appartenesse ad un soggetto diverso dal proprietario del suolo in virtù di un apposito titolo costitutivo.

La circostanza che la proprietà superficiaria fosse pacificamente ammessa dalla giurisprudenza trova conferma in una ben nota sentenza della Cassazione del 1964, la n. 390 del 24 febbraio¹⁶⁴. In quell'occasione, la Corte doveva giudicare in ordine ad una concessione *ad aedificandum* rilasciata nel vigore del codice abrogato e della quale i ricorrenti denunciavano la natura meramente obbligatoria per non essere il diritto di superficie contemplato in quel codice. Assumevano pertanto che la stessa fosse soggetta alla ordinaria prescrizione decennale. Censurando tale assunto, i giudici di legittimità chiarivano che la tesi sostenuta dai ricorrenti

«è stata abbandonata nel corso della elaborazione dottrinarie e giurisprudenziale del diritto di superficie svoltasi sotto l'impero del codice del 1865 per far luogo, secondo la giurisprudenza prevalente del Supremo Collegio, alla configurabilità di un diritto di natura reale su cosa altrui (la concessione ad aedificandum) che, per la grave limitazione che importava alla proprietà del suolo, veniva assoggettata alle norme regolanti la costituzione delle servitù».

2. Il carattere reale del diritto di superficie

Il legislatore del 1942 ha riconosciuto il diritto di superficie dettandone apposita disciplina nella quale è sostanzialmente codificata l'elaborazione giurisprudenziale sviluppatasi sotto la vigenza del precedente codice¹⁶⁵. In tal modo il codice risolve l'annoso problema relativo alla qualificazione del diritto del superficiario *sul suolo* (essendo invece certo

¹⁶⁴ *Foro it.*, 1964, 1, 942

¹⁶⁵ PUGLIESE, *Della superficie*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1976, 555.

che il diritto *sulla costruzione* dovesse essere qualificato come diritto di proprietà). Si era osservato, infatti, che tale diritto non poteva, stante il carattere della tipicità dei diritti reali, essere ricondotto a figure già note e regolate in quanto non risultava agevole ricondurlo ad uno dei diritti reali già noti. È con la nuova disciplina che il diritto di superficie - inteso come il diritto di costruire e di mantenere una costruzione sul suolo altrui - assume la veste formale di nuovo tipo di diritto reale.

Il significativo trapasso dal codice del 1865 a quello del 1942 trova emblematica espressione in una sentenza di merito¹⁶⁶, nella quale si afferma che la concessione *ad aedificandum* conferisce un autonomo diritto reale su cosa altrui (diritto di proprietà del superficiario) quando la costruzione sia eseguita, senza la necessità di una convenzione traslativa che sarebbe valsa, sotto la vigenza del codice abrogato, a vincere la presunzione di cui all'art. 448.

Orbene, la qualifica di diritto reale si evince non solo dalla collocazione delle menzionate norme nel libro della proprietà o dalla esigenza, rigorosamente prevista, dell'atto scritto e della trascrizione, ma anche da una serie di norme ulteriori che prevedono, ad esempio, la ipotecabilità del diritto di superficie (art. 2810, n. 3 c. c.) e l'applicazione, per chi acquisti il diritto su un suolo ipotecato, delle disposizioni relative ai terzi acquirenti (art. 2812, 3° co. c. c.) e, ancora, la sottoposizione alla prescrizione ventennale per non uso¹⁶⁷.

¹⁶⁶ C. App. Napoli, 26 gennaio 1959, in *Mass. Giust. civ.*

¹⁶⁷ ALBANO, *Della superficie*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di PESCATORE, GRECO E ALBANO, Torino, 1968, 625. In giurisprudenza, cfr. Cass., sez. II, 14 aprile 2004, n. 7051, in *Mass.* 2004, «*lo spazio sovrastante il suolo o una costruzione non costituisce un bene giuridico suscettibile di autonomo diritto di proprietà ma configura la mera proiezione verso l'alto delle suddette entità immobiliari e, formalmente, la possibilità di svolgimento delle facoltà inerenti al diritto dominicale sulle medesime; ne consegue che, ai sensi dell'art. 952 c.c., il diritto reale su tale spazio, separato dalla proprietà dell'immobile sottostante non è qualificabile come proprietà ma come diritto di superficie*» (la corte, nel formulare il principio richiamato in precedenza, ha confermato la sentenza impugnata che aveva qualificato come diritto di superficie [come tale soggetto a prescrizione per non uso]

La giurisprudenza della Cassazione è costante nel riconoscere il carattere reale ed autonomo di questo diritto: possono invocarsi in tal senso, una serie di sentenze, anche risalenti, nelle quali, riconosciuta la natura reale del diritto del superficiario, se ne ammette la tutela attraverso le azioni poste a difesa di quella categoria di diritti¹⁶⁸.

Un'eccezione la sentenza della Cassazione del 5 maggio 1958, n. 1467¹⁶⁹ la quale, sia pur incidentalmente, afferma che nel caso in cui venga alienata la proprietà della costruzione già esistente separatamente dalla proprietà del suolo (ipotesi, questa, espressamente contemplata dal 2° co. dell'art. 952 c. c.), ricorre un rapporto complesso, nel quale, accanto alla proprietà della costruzione, vi è un diritto reale di servitù a favore del proprietario di quest'ultima. Rivive in questa pronuncia il fascino di un argomento a lungo sostenuto sotto il codice del 1865 e che voleva ravvisare nel diritto del superficiario sul suolo una *servitus oneris ferendi*. Si tratta di una tesi isolata e non convincente solo se si osservi che il rapporto tra suolo e costruzione è assai più ampio di quanto non possa essere una servitù poiché l'appoggio fornito dal suolo costituisce non una mera utilità, o anche una necessità, ma la stessa possibilità di esistere della costruzione¹⁷⁰.

3. I concetti di proprietà superficiaria e di proprietà separata

L'art. 952 c.c., dedicato alla costituzione del diritto di superficie, individua due distinte situazioni: il diritto che il superficiario sul suolo può vantare nei confronti del proprietario («*Il diritto di fare e mantenere al di sopra del suolo una costruzione*»), e il diritto che egli ha sul-

e non di proprietà il diritto acquistato dagli attori sull'area sovrastante un fabbricato condominiale.

¹⁶⁸ Cass. 25 gennaio 1968, n. 233, in *Foro it.*, 1968, I, 346

¹⁶⁹ *Giust. civ.*, 1958, 2179

¹⁷⁰ PUGLIESE, *Della superficie*, cit., 563

la costruzione («proprietà superficaria»). Pertanto, mentre si afferma l'ammissibilità di una proprietà della costruzione separata da quella del suolo, si delinea una nuova specie di diritto reale: il diritto di costruire sul suolo altrui e di mantenere su tale suolo la costruzione realizzata o già esistente.

In dottrina è stata, peraltro, sostenuta¹⁷¹ la necessità di distinguere tra una proprietà superficaria, configurabile solo nell'ipotesi di costruzione eseguita sulla base di una concessione *ad aedificandum*, cui appunto si accompagna il diritto sul suolo del concedente, e una proprietà separata, configurabile nel caso di costruzione già esistente alienata separatamente dal suolo.

Tuttavia, le opinioni al riguardo sono le più varie.

La giurisprudenza, in un primo tempo, completamente disinteressata alle dispute dottrinarie, accoglie incondizionatamente l'opinione che nega ogni dignità giuridica a quella distinzione affermando, dunque, conformemente alla lettera della legge, l'assoluta identità tra proprietà superficaria e proprietà separata.

Nella sentenza del 3 dicembre 1964, n. 2851¹⁷², la Corte di Cassazione, con riferimento ad un caso di vendita del suolo con esclusione dell'edificio sovrastante, riconosce la contestuale costituzione di un valido diritto di superficie. In particolare, il Supremo Collegio afferma:

«Nell'ipotesi prospettata, la costituzione del diritto di superficie non avviene per atto unilaterale del proprietario, ma si verifica nel momento logico successivo in cui, attuandosi il trasferimento del suolo, il venditore conserva tuttavia la proprietà dell'edificio ivi esistente e cioè un diritto che non è configurabile diversamente dalla proprietà superficaria».

La Corte conclude, chiarendo in via definitiva, i concetti di diritto di superficie e di proprietà superficaria. In particolare si legge:

¹⁷¹ SALIS, *La superficie*, Torino, 1954, 8.

¹⁷² *Giust. civ.*, 1965, I, 488

«... i due concetti non si configurano sul piano giuridico come istituti distinti e contrapposti, ma costituiscono il primo il presupposto necessario del secondo. Tale rapporto di implicazione discende direttamente dalla lettera della legge, che, all'art. 952 c. c., definisce la superficie il diritto di fare e mantenere al disopra del suolo altrui una costruzione della quale si acquista la proprietà: dal ch      agevole dedurre che la propriet   della costruzione (propriet   superficiaria) presuppone non solo il diritto di edificarla sul fondo altrui, ma anche quello di ivi mantenerla: e cio   un diritto concettualmente non compreso nella propriet   della costruzione, e che avendo ad oggetto il suolo di propriet   altrui, si pone come ius in re aliena di natura particolare ... ».

Ma accanto alla tesi che nega una propriet   separata non superficiaria, cio   una propriet   che insiste sul suolo altrui prescindendo dal diritto di superficie, sono state elaborate ben tre ipotesi che, invece, ne riconoscono la realizzazione:

- 1) propriet   della costruzione eseguita dal proprietario della colonna d'aria;
- 2) propriet   della costruzione alienata separatamente dal suolo;
- 3) propriet   della costruzione eseguita sul suolo altrui a seguito di concessione di natura obbligatoria della facolt   di costruire da parte del proprietario del suolo.

1) La prima ipotesi di propriet   separata non superficiaria attiene alla costruzione eseguita da chi ha «acquistato» l'area sovrastante di un immobile (la cd. colonna d'aria). L'ammissibilit   dell'alienazione dell'area sovrastante quale distinta porzione dell'immobile    tuttavia controversa in dottrina e rifiutata dalla giurisprudenza. La posizione dottrinale che contrasta detto assunto non sembra individuare un valido argomento nell'assunto secondo il quale l'area sovrastante non sarebbe un bene giuridico. Pu   invece invocarsi in proposito la norma sulla prescrizione del diritto di superficie per non uso. In base a questa disposizione, il

disinteresse del titolare di un diritto a costruire sul suolo appartenente ad altri, determinando un obiettivo pregiudizio della proprietà immobiliare, in quanto paralizza lo sfruttamento edilizio, determina una situazione non più meritevole di tutela, tale da giustificare la prescrizione del diritto.

2) Altra posizione dottrina, che ha trovato adesione in giurisprudenza, considera fattispecie di proprietà separata non superficiaria quelle che si determinano, normalmente, a seguito dell'alienazione di una costruzione senza alienazione del suolo; la semplice alienazione della costruzione separatamente dal suolo attribuirebbe all'alienatario la sola proprietà di tale costruzione senza diritto di superficie.

Sicché, in caso di distruzione della costruzione, il proprietario superficiario può ricostruirla, mentre il diritto di proprietà separata si estingue.

La Suprema Corte afferma, in proposito, che

*«la proprietà superficiaria è autonoma dalla proprietà separata della costruzione: alla formazione della proprietà superficiaria si perviene mediante la costituzione del diritto di superficie; mentre la proprietà separata si realizza con la alienazione della costruzione indipendentemente dalla costituzione di un diritto di superficie; la proprietà superficiaria sorge quindi in modo originario in capo al costruttore, titolare del diritto di superficie, per effetto dell'impedimento che la costituzione di questo diritto pone all'operare dell'accessione; mentre la proprietà separata è acquistata dal nuovo titolare in modo derivativo per effetto del trasferimento compiuto dal proprietario del suolo, sicché, in caso di distruzione della costruzione, il proprietario superficiario può ricostruirla, mentre il diritto di proprietà separata si estingue».*¹⁷³

3) Una possibile proprietà separata non superficiaria è poi sembrata ammissibile in relazione alla concessione di un diritto di edificare

¹⁷³ Cass. civ. 13. febbraio 1993 n. 1844. In *Riv. Giur. Edil.*, 1993, I, 1023

di natura meramente obbligatoria, in relazione cioè all'ipotesi in cui il concessionario acquisti un diritto di costruire e mantenere la costruzione sul suolo altrui in virtù di un contratto ad effetti obbligatori. Si riconosce un diritto personale di superficie, per ciò stesso estraneo al tipico diritto reale previsto dal codice, il quale potrebbe, ad esempio, ravvisarsi nell'autorizzazione data al locatario (o, anche al comodatario) di eseguire una costruzione. Il conferimento dell'autorizzazione nell'ambito del rapporto di locazione conferma il carattere relativo del diritto concesso (valevole solo tra le parti) ma non esclude l'ipotesi che il locatario possa acquistare la proprietà della costruzione, a seguito dell'estinzione del rapporto locatizio.

Esprime quest'orientamento la massima del Trib. Sup. Acque del 28 settembre 1995, n. 59¹⁷⁴, nella quale si afferma che, ove le parti abbiano previsto la facoltà del concessionario di eseguire le costruzioni e rimuoverle alla scadenza, la concessione non dà luogo ad un rapporto di natura reale (superficie) ma ad un negozio di carattere obbligatorio.¹⁷⁵

Tale tipologia di proprietà separata è stata, in dottrina, rintracciata anche nella concessione di edificare attribuita all'Amministrazione pubblica sul suolo demaniale o del patrimonio indisponibile. In proposito afferma il Salis¹⁷⁶: « *di proprietà 'separata', distinta da quella superficiaria, dovrebbe anche parlarsi [...] quando la particolare natura del terreno (ad es. bene demaniale o per altra ragione insuscettibile di formare oggetto di diritti reali a favore di privati) esclude la possibilità di costituzione di un tale diritto* ».

¹⁷⁴ Cons. Stato 1995, II, 1639

¹⁷⁵ Ma, *contra*, un remoto precedente della Cassazione (sentenza n. 462 del 19 febbraio 1942, in *Foro It.* 1942, I, 597, con nota di C.A. FUNAIOLI) che ravvisa nell'ipotesi data al locatario di eseguire costruzioni rimovibili al termini della locazione la concessione di un diritto di superficie; l'annotatore del provvedimento ribadisce in proposito la realtà del rapporto che si instaura tra le due proprietà, superficiaria e del suolo.

¹⁷⁶ SALIS, *Proprietà superficiaria e proprietà separata*, in *Scritti in tema di condominio* (già in *Riv. giur. edil.* 1993), Torino, 1997, 422.

La giurisprudenza, in senso contrario, ha continuato a configurare tali fattispecie come proprietà superficiaria, sostenendo che chi edifica sul suolo stradale in seguito a concessione comunale *ad aedificandum* acquista sulla costruzione (nella specie: chiosco annesso a stazione di servizio) un diritto di proprietà superficiaria, che cesserà con la revoca o la scadenza della concessione; in motivazione si parla di «*un vero e proprio diritto di superficie*»¹⁷⁷.

Ed ancora, «*la natura demaniale di un bene dato in godimento non osta alla qualificabilità del diritto del concessionario in termini di diritto di superficie, con la conseguenza che bisogna procedere all'esegesi dell'atto di concessione del bene pubblico, per poter verificare se l'atto rappresenta in concreto un titolo costitutivo di un diritto di superficie o di un diritto di natura obbligatoria*»¹⁷⁸.

Resta fermo, però, che la durata temporanea di un diritto di superficie costituito su un suolo si estende anche ai fabbricati su di esso insistenti, la cui proprietà non è acquisita in perpetuo in capo al concessionario, allorquando le parti abbiano convenuto che il dante causa diventerà alla scadenza del termine pieno proprietario del suolo e delle costruzioni, e il concessionario si è obbligato a ricostruire e ristrutturare gli edifici, in quanto tale obbligo è inconciliabile con il definitivo trasferimento della proprietà perpetua delle costruzioni.¹⁷⁹

4. Modi di costituzione: in particolare il contratto

La costituzione del diritto di costruire può avvenire per atto negoziale, *inter vivos* (contratto di vendita, donazione) o *mortis causa* (legato); analogamente, anche la proprietà della costruzione, separatamente dal

¹⁷⁷ Cass. 28 febbraio 1969, n. 670 in *Foro It.* 1969, I, 852.

¹⁷⁸ Cass., 26 aprile 2005, n. 8637.

¹⁷⁹ Corte Appello Napoli, 12 febbraio 2004 in *Giur. napoletana* 2004, 329

suolo, si acquista di regola a titolo derivativo¹⁸⁰.

Per quel che concerne gli acquisti a titolo originario, è pacifico in dottrina che la proprietà della costruzione realizzata nell'esercizio del *ius ad aedificandum* si acquista a titolo originario, trattandosi di cosa nuova che prima non apparteneva a nessuno¹⁸¹. Anche in giurisprudenza questa conclusione appare certa, già in sentenze datate.

Con la sentenza n. 1655 del 1 giugno 1953¹⁸² la Corte di Cassazione, muovendo dalle conclusioni cui era già pervenuta nel vigore del codice del 1865, giunge, tuttavia, ad enunciare un chiaro principio che nelle precedenti decisioni era presente solo *in nuce*: soltanto nel caso previsto dal 2° co. dell'art. 952 c. c. l'acquisto della proprietà superficaria avviene a titolo derivativo, mentre: «... *nell'ipotesi prevista dalla prima parte della norma l'acquisto del superficario è in modo originario ...* ». Spiega infatti la Corte che il *dominus soli*, per effetto della concessione del diritto di superficie, ha limitato il suo diritto dominicale sul suolo e, quindi, ha rinunciato al diritto di accessione.

È bene tuttavia chiarire che, in regime di autonomia privata, l'attribuzione del «diritto di superficie», si realizza di regola, anche se non in via esclusiva¹⁸³, mediante lo strumento del contratto. Quest'ultimo va inquadrato nell'ambito dei contratti ad efficacia reale (art. 1376 c.c.), per cui grazie all'accordo tra le parti, il diritto si costituisce senz'altro in capo al nuovo titolare che, assolvendo gli oneri pubblicitari, lo acquista nella sua pienezza, ossia con piena opponibilità rispetto ai terzi, senza bisogno che intervenga la consegna del bene o qualsivoglia altra vicenda di carattere possessorio. Detto contratto richiede, inoltre, la forma scrit-

¹⁸⁰ ALBANO, *Della superficie*, cit., 633.

¹⁸¹ PUGLIESE, *Della superficie*, cit., 591.

¹⁸² *Giur. it.*, 1954, I, I, 161

¹⁸³ Altro modo di costituzione a titolo derivativo è rappresentato dal legato: cfr. PUGLIESE, op. cit., 587. Per i modi di acquisto a titolo originario particolare attenzione dagli interpreti è rivolta all'usucapione.

ta (ex. art. 1350, n. 2 c.c.).

Le parti, ancora una volta in ossequio al principio di autonomia contrattuale, possono stipulare un contratto non già ad effetti reali, quale è quello che costituisce il diritto di godimento, ma ad effetti obbligatori, qualificabile come locazione o comodato, in conseguenza del quale sorge a vantaggio di un soggetto il diritto di credito a costruire sul fondo altrui¹⁸⁴. Il proprietario del fondo avrà così l'obbligo di permettere la costruzione sul proprio fondo, senza poterne chiedere la rimozione, benché operi l'accessione¹⁸⁵.

In questo caso:

*«la facoltà di mantenere sul suolo altrui una determinata costruzione, [...] può essere fatta valere nei confronti del proprietario di detto suolo, in base ad un contratto con effetti obbligatori, solo quando tale contratto sia intervenuto con il proprietario medesimo, e quindi sia ad esso opponibile»*¹⁸⁶.

Il contratto che dà vita a tale diritto personale deve qualificarsi come contratto atipico, ad effetti meramente obbligatori, e pertanto, 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»*¹⁸⁷.

Altra giurisprudenza preferisce ravvisare un'ipotesi di contratto misto, in cui predominerebbe lo schema della locazione¹⁸⁸.

Quanto al requisito della forma, oltre a escludersi genericamente la

¹⁸⁴ Cass. 29 maggio 2001 n. 7300, in *Giur. It.*, 2002, 48

¹⁸⁵ Cass. 11 febbraio 1998 n. 1392, in *Mass.*, 1998

¹⁸⁶ Cass. 02 giugno 1984, n. 3351, in *Mass.*, 1984

¹⁸⁷ Cass. 29 maggio 2001 n. 7300, in *Mass. Giur. It.*, 2001; Cass. civ., 11 febbraio 1998 n. 1392, in *Mass.*, 1998; nonché Cass. 1932/98

¹⁸⁸ Cass. 233/68, in *Giust. civ.*, 68, I, 1044

necessità di una forma scritta, si precisa altresì che il contratto ad effetti reali (costitutivo del diritto reale all'edificazione) non rispettoso della forma scritta, e quindi nullo si converta ex. 1424 c.c. nel predetto contratto ad effetti obbligatori¹⁸⁹.

Andrebbe, tuttavia, sottolineato che la pattuizione diretta a creare la concessione *ad aedificandum* debba specificare la natura (personale) della facoltà concessa; se, invece, nella pattuizione non è dato rilevare la creazione di un diritto personale, si dovrebbe ritenere che sia sorto un vero e proprio diritto reale di superficie.

Conformemente, la Corte di Cassazione ha affermato che:

*«la clausola contenuta in un contratto di compravendita con la quale una parte si riserva la facoltà di realizzare una costruzione (cd. concessione “ad aedificandum”) su una porzione di suolo divenuta comune fa sorgere in suo favore un diritto di superficie di natura reale che, se non esercitato, si prescrive nel termine di 20 anni», e non un diritto personale nei confronti del solo concedente, quando non sia possibile rinvenire nella pattuizione alcun elemento da cui potesse evincersi la volontà di dare una simile configurazione giuridica a tale diritto»*¹⁹⁰.

Sotto altro profilo la stessa S. C., valorizzando il principio dell'autonomia contrattuale, ha ritenuto possibile *la contemporanea costituzione, a carico dello stesso immobile e tra le stesse parti, sia di un diritto di superficie avente ad oggetto lo spazio aereo soprastante l'immobile, sia di un diritto di servitù “altius non tollendi”, spettando al giudice di merito, nell'indagine sulla comune intenzione dei contraenti, accertare se la volontà delle parti sia stata quella di assicurare, con tale assetto negoziale, una posizione di privilegio ad una parte rispetto all'altra, concretantesi nella facoltà di scegliere tra l'edificazione ed il mantenimento della visuale anche dopo che il diritto di superficie sia estinto per non uso.*¹⁹¹

¹⁸⁹ Cass. 4006/68

¹⁹⁰ Cass. 29 maggio 2001 n. 7300, in *Giur. It.*, 2002, 48

¹⁹¹ Cass. 24 novembre 2009, n. 24701 in *Riv. notariato* 2010, 4, 1090 con nota di MUSOLINO *La servitù altius non tollendi*. Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza

5. *Il contenuto del diritto di superficie*

Il contenuto del diritto di superficie è unitariamente identificato nel potere di costruire e mantenere un edificio su un suolo altrui; costruzione e mantenimento dell'edificio sono, infatti, momenti inscindibili del diritto concesso al superficiario.

Vi è una necessaria coincidenza tra il contenuto del diritto del superficiario e quello del proprietario concedente. L'estensione del diritto del superficiario va misurata in rapporto all'interesse in concreto accertato, che non può estendersi nello spazio aereo oltre il punto in cui verrebbe meno un apprezzabile interesse ad escludere gli altri. Secondo la Cassazione «*il diritto del superficiario non può avere un contenuto ed una estensione maggiore di quello del proprietario e, come il diritto dominicale, non può estendersi, quindi, allo spazio aereo sovrastante il suolo che ne è oggetto oltre il punto in cui il suo titolare non può avere un apprezzabile interesse ad escludere gli altri (art. 840 c.c.). Tale interesse, quando si tratti del diritto di fare e mantenere una costruzione con dimensioni e destinazione predeterminate, deve essere in concreto accertato con specifico riferimento anche ai prestabiliti limiti del diritto del superficiario*»¹⁹².

Inoltre, al diritto di superficie va riconosciuto uno specifico contenuto economico che si manifesta a prescindere dall'esercizio dello “*ius*

di merito che, nel decidere in controversia vertente su un contratto di “vendita d'aria” stipulato sotto il vigore del codice civile previgente - il quale non prevedeva tra i diritti reali in re aliena il diritto di superficie - muoveva dalla premessa di principio per cui non fosse possibile operare contemporaneamente, sullo stesso immobile, la costituzione di una servitù “*altius non tollendi*” e la cessione del relativo spazio sovrastante, così da pregiudicare “in radice” la corretta indagine ermeneutica sul complessivo accordo intercorso tra le medesime parti.

In senso contrario a detta decisione Cass. 24 febbraio 1978 n. 948, per la quale si realizzerebbe una situazione in cui sono contemporaneamente privilegiati due interessi contrapposti, quali quello a costruire e quello a che non si costruisca su uno stesso fondo, e cioè facoltà che si escludono a vicenda.

¹⁹² Cass. 30 marzo 1995 n. 3804, in *Mass.*, 1995

aedificandi: «il diritto di superficie ha un suo specifico contenuto economico incidente per un verso, positivamente, sul patrimonio di chi ne è titolare, per altro verso, negativamente, su quello di coloro che per effetto di esso subiscono una limitazione al loro diritto dominicale, senza che rilevi che l'esercizio dello "ius aedificandi" è rimesso alla volontà del superficiario, poiché il carattere futuro ed eventuale di tale esercizio connesso alla stessa struttura del diritto di superficie, nulla toglie alla sua valutabilità in termini economici»¹⁹³.

Tale facoltà di scelta in ordine all'identificazione del bene da costruire ha fatto escludere il ricorso all'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c. c., in tema di contratto costitutivo del diritto di superficie per mancanza di presupposti qualora non risulti identificato in modo certo il bene su cui doveva essere costituito il diritto di superficie, la cui identificazione era rimessa contrattualmente alla scelta della società convenuta sia pur entro determinati limiti.¹⁹⁴

6. Diritto di superficie e condominio: la natura dell'atto costitutivo del cosiddetto «condominio precostituito»

Accade di frequente che alcune persone si accordino per comprare da un terzo un'area edificabile, che dunque diventa oggetto di proprietà comune, e si impegnino a costruirvi un edificio, provvedendo peraltro immediatamente a definire quali saranno le parti di proprietà esclusiva dell'erigendo edificio¹⁹⁵.

La natura del contratto con il quale i comproprietari del suolo realizzano il cosiddetto «condominio pre-costituito» è stata oggetto di un vivace, e ancora non sopito, dibattito dottrinale, poiché secondo alcuni

¹⁹³ Cass. 22 maggio 2000 n. 6656, in *Mass.*, 2000

¹⁹⁴ Tribunale Pistoia, 3 novembre 2011, n. 936

¹⁹⁵ TRIOLA, *Reciproca costituzione di diritti di superficie o divisione di cosa futura nel cd. «condominio pre-costituito»*, nota a Cass., 23 ottobre 1971, n. 2988, in *Giust. civ.*, I, 1449.

si tratterebbe di un atto di divisione di cosa futura (non essendo i negozi su beni futuri limitati alla sola ipotesi della vendita *ex art. 1472 c. c.*), secondo altri di reciproca costituzione di diritti di superficie; infine taluni ritengono (ma la tesi è assolutamente minoritaria) che i partecipanti alla comunione si limitino con quell'atto a disciplinare l'esercizio di un diritto - cioè la costituzione dell'edificio - che già esiste per quote ideali nel patrimonio di ognuno di essi.

La soluzione della questione acquista un particolare rilievo in quanto dall'aderire all'una o all'altra delle interpretazioni prospettate discendono conseguenze diverse.

Il Supremo Collegio, muovendo dal presupposto che nulla osta alla costituzione di un diritto di superficie sul suolo comune a favore di uno dei comproprietari, ha costantemente qualificato quell'accordo come negozio costitutivo di reciproche concessioni *ad aedificandum*, salvo talune rare eccezioni.

Già in una risalente sentenza¹⁹⁶ la Suprema Corte, sia pure in via incidentale, aveva precisato che a ciascun condomino spetta sul proprio piano un diritto di proprietà superficaria.

La prima decisione della Corte di Cassazione in materia risale al 1960¹⁹⁷. Tuttavia la Corte, in quell'occasione, si è limitata ad affermare che non poteva escludersi, in linea di principio, la possibilità della costituzione a favore di un condomino di un diritto di superficie sul suolo comune, per cui si rendeva necessaria, nel caso di specie, una nuova valutazione del contenuto della convenzione posta in essere dai comunisti per accertare quale fosse stata la loro volontà.

Soltanto all'esito di una lenta evoluzione la Suprema Corte è pervenuta ad una compiuta definizione del proprio orientamento. Sul punto:

¹⁹⁶ Cass. 7 luglio 1956, n. 2516, in *Foro it.*, 1956, I, 841

¹⁹⁷ Cass. 4 marzo 1960, n. 399, in *Giust. civ.*, 1960, I, 1212

la sentenza del 6 luglio 1968, n. 2297¹⁹⁸ può essere considerata quale punto d'arrivo di questo *iter*.

Secondo l'opinione della Corte, qualora i partecipanti alla comunione di proprietà del suolo deliberino di costruire su questo un edificio in condominio, attribuendo a ciascuno il diritto, e correlativamente l'obbligo di procedere a costruire la parte predeterminata di sua spettanza:

“...con ciò i partecipanti sostanzialmente fanno una concessione “*ad aedificandum*” a favore di ciascuno di loro, con gli effetti di cui all'art. 952 c. c. quanto all'acquisto della proprietà, attribuiscono cioè a ciascun partecipante un diritto reale attuale sul suolo comune”.

Per vincere le obiezioni sollevate contro tale interpretazione, i giudici di legittimità sostengono che anche all'interno di un rapporto di comproprietà può crearsi una contrapposizione di interessi e di diritti tra uno dei condomini da una parte e tutti gli altri dall'altra: contrapposizione, nella specie tra proprietario e superficiario, che indubbiamente è connaturale ad ogni ipotesi di diritto reale su cosa altrui.

Inoltre, sebbene non possa escludersi l'ammissibilità di una divisione per piani orizzontali della proprietà immobiliare, si osserva che i negozi del tipo considerato non contengono la preventiva divisione materiale dell'immobile da costruire che ancora non esiste, bensì la reciproca attribuzione di concessioni *ad aedificandum*, concepibili, invece, anche rispetto ad una costruzione *in fieri*.

Infine, merita una particolare attenzione la posizione assunta dalla giurisprudenza in relazione al c. d. «diritto di soprizzo».

È opportuno premettere che sebbene sia sicuramente configurabile in base al vigente c. c. una proprietà immobiliare ripartita per piani orizzontali, nel nostro ordinamento la proprietà del suolo è tutelata anche in altezza e nel sotto suolo (*usque ad sidera et usque ad inferos*) sia pur nei limiti di una fondata aspettativa di utilizzazione futura (art. 840, 2° co. c. c.).

¹⁹⁸ In *Giust. civ.*, 1969, I, 72

In Cass., 17 maggio 1965, n. 947¹⁹⁹ la Suprema Corte, muovendo da tali premesse, afferma che il presupposto di questa proiezione verso l'alto della proprietà è sempre la proprietà del suolo; in buona sostanza, ne conseguiva l'idoneità a essere oggetto di vendita separata. Perciò, sostiene la Corte, il proprietario di un edificio ha la proprietà della colonna d'aria soprastante, mentre in caso di condominio la proprietà della colonna d'aria è condominiale. In una risalente, ma fondamentale sul punto, sentenza²⁰⁰, la Suprema Corte ha riconosciuto che lo spazio aereo non è una *res*, ma una relazione tra beni.

Ora, la citata sentenza del 1956 afferma, invece, che:

“non è concepibile per il nostro diritto positivo una proprietà fondiaria di uno strato d'aria, avulso, con soluzione di continuità, dall'immobile sottostante. Invero è concepibile un diritto reale di tale natura ma a tale diritto non compete la qualifica di diritto di proprietà, ma di diritto di superficie”.

Si tratta di una tesi che, comunque, è stata variamente declinata anche dalla giurisprudenza; talora si è ritenuto che il relativo diritto c.d. di sopralzo - configurabile al di sopra di costruzioni preesistenti (c. d. diritto di sopralzo) - non sarebbe cedibile separatamente dalla proprietà del bene al quale inerisce, mentre, in altra prospettiva, si è ritenuto che la sua cedibilità è ammissibile nei limiti in cui si contiene il diritto del proprietario alla colonna d'aria sovrastante. Tale diritto si converte in diritto di proprietà solo al momento in cui la costruzione viene realizzata; da ciò consegue che il diritto di sopraelevazione è soggetto a prescrizione ventennale per non uso²⁰¹.

La Corte di Cassazione ha perpetuato i contrasti interpretativi, anche per quanto riguarda le ricadute di disciplina conseguenti alla configurazione di un diritto di superficie. La questione rilevante, in particolare,

¹⁹⁹ In *Foro it.*, 1965, I, 1940

²⁰⁰ Cass. 7 luglio 1956, n. 2516, in *Foro it.*, 1957, I, 841

²⁰¹ Su questi temi una compiuta sintesi in IZZO, *Il lastrico solare condominiale e la c.d. «colonna d'aria» tra diritti reali e personali*, in *Giust. civ.*, 2006, pag. 578

è stata quella dell'applicabilità o meno del diritto degli altri condomini all'indennizzo previsto dall'art. 1127 c.c., che in definitiva pare essere ritenuto derogabile dalle parti, ma con un patto che assume una efficacia meramente obbligatoria, con la conseguente necessaria accettazione di tutti i condomini²⁰²

²⁰² Cass. 16 giugno 2005, n.12880; Cass. , 22 novembre 2004, n.22032,

CAPITOLO III

L'ENFITEUSI URBANA

Sommario: 1. *Introduzione: decadenza dell'istituto dell'enfiteusi.* 2. *Cenni storici ed evoluzione legislativa.* 3. *Ammissibilità dell'enfiteusi urbana;* 4. *L'autonoma rilevanza dell'enfiteusi urbana.* 5. *La disciplina delle enfiteusi urbane ed edificatorie e loro definizione;* 5.a.- *La giurisprudenza conforme.*

1. Introduzione: decadenza dell'istituto dell'enfiteusi

L'enfiteusi è un diritto reale caratterizzato dal conferire un'ampia facoltà di utilizzazione e disposizione di un fondo, con l'obbligo di migliorarlo e di pagare un canone al proprietario.

Il diritto enfiteutico rientra nell'ambito dei diritti reali di godimento su cosa altrui, caratterizzandosi per l'ampiezza della facoltà attribuita all'enfiteuta. In particolare, esso si differenzia rispetto al diritto di usufrutto, che è circoscritto al godimento del fondo, fatta salva la destinazione economica (*salva rerum substantiam*), l'enfiteusi, invece, conferisce un diritto di utilizzazione a contenuto generale, nel quale è ricompresa anche la facoltà di trasformare il bene. È, difatti, riconosciuta all'enfiteuta la possibilità di mutare il tipo di coltivazione del

fondo, di costruirvi case di abitazione, di destinarlo al turismo, etc. Gli è, però, preclusa la possibilità di distruggerlo o deteriorarlo.

Diversi sono i punti di contatto e di avvicinamento col diritto di proprietà, ma non per questo si identifica con esso: per quanto ampia sia la posizione riconosciuta all'enfiteuta è intrinsecamente limitata dall'obbligo di migliorare il fondo e di pagare un canone. Detti obblighi sono connotati essenziali dell'enfiteusi, mentre sono sicuramente estranei alla nozione di proprietà, confermando, per l'appunto, che l'enfiteusi va iscritta nell'ambito dei diritti reali di godimento su cosa altrui.

La produzione giurisprudenziale in materia di enfiteusi successiva all'entrata in vigore del nuovo codice è scarsa ed articolata in pronunce che, seppure interessanti, risultano comunque episodiche e non generano giurisprudenza susseguente. Un'unica eccezione, in tale contesto, è rappresentata dall'intervento giurisprudenziale relativo all'ammissibilità ed all'autonomia delle fattispecie di enfiteusi urbana ed in particolare alla loro differente regolamentazione rispetto alle ipotesi di enfiteusi rustica, particolarmente in conseguenza delle decisioni della Corte Costituzionale incidenti sull'applicabilità delle LL. n. 606 del 1966 e n. 1138 del 1970.

La dottrina postunitaria ha spesso rilevato la sostanziale diminuzione di rilevanza dell'istituto nella realtà giuridica contemporanea.

Il contratto di enfiteusi, caratterizzato, come già evidenziato, dal costruire un diritto reale di godimento sul fondo a durata determinata o indeterminata a favore dell'enfiteuta, risultava funzionale ad un'organizzazione economica incentrata sulla proprietà privata ed espressa soprattutto nel dominio di latifondi, i quali, secondo schemi di derivazione medievale rimasti sostanzialmente immutati in Italia anche durante il XIX secolo, presentavano, in virtù dell'estensione, il rischio concreto di una loro non piena utilizzazione con conseguente deprezzamento. La ragion d'essere dell'istituto era rappresentata dall'obbligo di migliorare

il fondo, concetto essenziale ai fini della comprensione della sua attuale configurazione, che facilmente si evince dall'etimologia della parola enfiteusi, la quale richiama efficacemente l'attività del coltivatore enfiteuta che tramuta un fondo incolto in coltivato aumentandone il valore economico.

La non corrispondenza dell'istituto alla realtà economica odierna ne ha determinato il programmatico ridimensionamento da parte del legislatore repubblicano, il quale, in ottemperanza al dettato dell'art. 44, 1° co. e l'art. 42, 2° co. Cost., ha innovato la disciplina codicistica al fine di favorire l'affrancazione dei fondi concessi in enfiteusi.

2. Cenni storici ed evoluzione legislativa

L'istituto dell'enfiteusi vanta origini molto antiche, fonti riferiscono di forme di locazione a lunghissimo tempo, lo *ius perpetuum* e lo *ius emphyteuticarium*, vigenti già nei primi secoli dell'era cristiana. Risale a Giustiniano la fusione dei due diritti nell'unica figura dell'enfiteusi, mentre è solo nel periodo feudale che si ottiene il riconoscimento del diritto di affrancazione²⁰³.

Il codice civile del 1865 lo definiva all'art.1556 come «*un contratto con il quale si concede, in perpetuo o a tempo, un fondo con l'obbligo di migliorarlo e di pagare un'annua determinata prestazione in denaro o in derrate*»; non a caso lo inseriva dopo le norme sui contratti di vendita e di permuta e prima di quelli sul contratto di locazione, a differenza del codice attuale che non solo lo definisce ma lo sposta, quanto a collocazione, tra i diritti reali.

Questa evoluzione concettuale dell'istituto si accompagna ad una vera e propria rivoluzione legislativa seguita da numerosi interventi del-

²⁰³ ORLANDO CASCIIO, *Enfiteusi*, in *Enc. del Dir.*, XIV, Milano, 1965, 915; FAVARA, *Enfiteusi*, in *NNDI*, VI, Torino, 1960, 359.

la Corte Costituzionale, più volte chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della disciplina contenuta nelle leggi speciali intervenute, copiose, nell'immediato dopoguerra, a risollevarle le sorti di un istituto ormai caduto in desuetudine.

Il primo intervento in ordine di tempo si è avuto con la l. 22 luglio 1966, n. 607, *Norme in materia di enfiteusi e di prestazioni fondiariarie perpetue*, che introduce una profonda modifica della disciplina codicistica dell'enfiteusi, in particolare per ciò che concerne la determinazione legale del canone e del capitale di affrancazione.

Con la sentenza n. 37 del 21 marzo 1969²⁰⁴ la Corte Costituzionale ne limita l'ambito di applicazione alle enfiteusi rustiche e non anche a quelle urbane ed edificatorie e ne sancisce l'illegittimità relativamente alla commisurazione dei canoni e al valore di affranco dei rapporti co-

²⁰⁴ Al riguardo, si legge che «È costituzionalmente illegittimo, in riferimento all'art. 42, 3° comma, Cost., l'art. 1, della l. 22 luglio 1966, n. 607, contenente norme in materia di enfiteusi e di prestazioni fondiariarie "perpetue limitatamente alla parte in cui comprende nella normativa anche rapporti che formano oggetto della legge conclusi successivamente alla data del 28 ottobre 1941. La l. 22 luglio 1966, n. 607, non regola i rapporti aventi per oggetto enfiteusi urbane ed enfiteusi ad aedificandum (le prime concernenti generalmente per oggetto terreni già coperti di edifici da conservare e migliorare, e le seconde riguardanti terreni concessi in enfiteusi per essere migliorati). Il sistema della legge, desunto dalla sua coordinazione, comporta tale esclusione. L'impiego dei termini enfiteusi e canoni enfiteutici all'art. 1, della legge, parrebbe riferirsi comprensivamente a tutti i tipi di enfiteusi, nessuno escluso, ma in esame di dettaglio fa ritenere che l'oggetto della legge riguarda soltanto le enfiteusi di fondi rustici a fini di miglioramento agrario, cioè quelle che prevalgono di gran lunga per tradizione e diffusione e che sono state considerate dalla legge nel quadro generale di attuazione di riforme agrarie. Il calcolo prescritto per ottenere una corrispondenza fra canoni in danaro e canoni in derrate (art. 1); la ricorribilità contro l'ordinanza di affranco alla sezione speciale del tribunale per i contratti agrari (art. 5); le agevolazioni agli affrancanti coltivatori diretti, in relazione alle disposizioni sulla proprietà contadina (artt. 11 e 12); il riferimento della misura dei canoni e delle prestazioni all'annata agraria (art. 15) denotano l'ambito esclusivo della legge in cui mancano disposizioni correlative riguardanti fondi non rustici. Le tutt'altro che univoche opinioni soggettive manifestate nelle discussioni in sede parlamentare a favore del carattere onnicomprensivo della formula dell'art. 1, non valgono a sovrapporsi al senso naturale e logico che risulta dal testo della legge, sistematicamente considerato» (Corte cost., 21 marzo 1969 n. 37, in *Giur. It.*, 1969, I, 1246).

stituiti successivamente al 28 ottobre 1941, data di entrata in vigore del libro sulla proprietà.

Ad integrare la disciplina è, poi, intervenuta la l. 18 dicembre 1970, n. 1138, *Nuove norme in materia di enfiteusi*, che con disposizioni ricalcate in parte sulla l. 22 luglio 1966, n. 607 ammette un incondizionato diritto di affrancazione e la determinazione del canone ancorata ai valori catastali dell'epoca di costituzione del diritto e non del momento di impianto del sistema catastale. Ancora una volta l'aspra reazione della dottrina è stata determinante per provocare, anche in questo caso, una pronuncia di illegittimità.

La sentenza C. Cost. 18 luglio 1973, n. 145²⁰⁵ sancisce l'inserimento dell'enfiteusi nel contesto della riforma fondiaria e stabilisce che il capitale sia determinato ragguagliandolo alla indennità di espropriazione stabilita dalle leggi speciali in materia di assegnazione delle terre ai contadini.

Successivamente è la l. 14 giugno 1974, n. 270 (*Norme in materia di enfiteusi*), ad applicare puntualmente le direttive impartite dalla Corte ma, di nuovo, la disciplina così modificata non supera il vaglio di costituzionalità, per cui è riconosciuto «*costituzionalmente illegittimo l'art. 1, 1° e 4° comma, l. 22 luglio 1966 n. 607 (norme in materia di enfiteusi e prestazioni fondiarie perpetue), nella parte in cui, per le enfiteusi fondiarie costituite anteriormente al 28 ottobre 1941, non prevede che il valore di riferimento per la determinazione del capitale per l'affrancazione delle stesse sia periodicamente aggiornato mediante l'applicazione di coefficienti di*

²⁰⁵ Nella pronuncia della Corte Costituzionale, è dichiarato «*illegittimo per violazione dell'art. 42, 3° comma, Cost., l'art. 2, l. 18 dicembre 1970, n. 1138 (nuove norme in materia di enfiteusi), nella parte in cui determina il valore dei capitali di affranco, nonché il correlativo valore dei canoni enfiteuci nella quindicesima parte di questi stessi capitali, non in conformità dei criteri stabiliti dall'art. 7, l. 12 maggio 1950, n. 230 (provvedimenti per la colonizzazione dell'altopiano della Sila e dei territori ionici contermini) e dall'art. 18 l. 21 ottobre 1950, n. 841 (norme per la espropriazione, bonifica, trasformazione ed assegnazione dei terreni ai contadini)*» (Corte cost., 18 luglio 1973 n. 145, in *Foro It.*, 1973, I, 2341).

*maggiorazione idonei a mantenere adeguata, con una ragionevole approssimazione, la corrispondenza con la effettiva realtà economica».*²⁰⁶

3. Ammissibilità dell'enfiteusi urbana

L'enfiteusi può avere ad oggetto sia fondi rustici che fondi urbani.

La fattispecie dell'enfiteusi urbana, già presente nell'ordinamento giuridico romano, è il frutto dell'elaborazione dottrinale.

La legge, infatti, non distingue tra enfiteusi rustica ed enfiteusi urbana nel c. c. attualmente vigente, che dedica il titolo IV del Libro III *Della proprietà* all'istituto dell'enfiteusi, disciplinandolo negli artt. 957 e 977. Espressione dell'indifferenza della legge per la configurazione di enfiteusi rustiche o urbane si evince dalla lettera del codice, ove si parla, genericamente, di fondo.

L'ammissibilità nel diritto italiano della fattispecie di enfiteusi urbana è stata positivamente vagliata dalla giurisprudenza. Nella sentenza del 23 giugno 1943, n. 1586 (inedita), la Corte di Cassazione ha riconosciuto che già sotto il Codice civile del Regno delle Due Sicilie ed anche sotto il c. c. italiano del 1865 erano ammesse enfiteusi aventi ad oggetto fondi urbani. Successivamente, la stessa Corte²⁰⁷ ha stabilito che l'enfiteusi non muta la sua natura anche se concessa su un immobile

²⁰⁶ C. Cost. 23 maggio 1997, n. 143, in *Giur. It.*, 1997, I, 535; preceduta dalle decisioni della C. Cost. 15 marzo 1996, n. 74; C. Cost. 5 novembre 1984, n. 246. V. Corte cost., 5 novembre 1984 n. 246, in *Giur. Costit.*, 1984, I, 1970 «l'art. 42, 3° comma Cost., che stabilisce i limiti dell'espropriazione per pubblica utilità e regola il conflitto fra la proprietà privata ed il potere d'imperio spettante ad enti pubblici, non è applicabile all'enfiteusi, la quale rinviene la sua fonte in un contratto, che dà vita, nel momento costitutivo, ad un diritto reale di godimento e, nel suo divenire, a rapporti credito-debito; pertanto, è inammissibile la questione di costituzionalità dell'art. 1, l. 14 giugno 1974, n. 270, per violazione dell'art. 42, 3° comma Cost., nella parte in cui, ai fini della determinazione del canone enfiteutico, si riferisce ai parametri stabiliti dalle leggi di riforma fondiaria».

²⁰⁷ Cass., 29 maggio 1946, in *Giur. it.*, 1947, I, 108 e in *Foro it.*, 1946, I, 619

(nella fattispecie un albergo) e che comunque è ammissibile l'enfiteusi concessa su una quota indivisa di un immobile.

La ammissibilità di enfiteusi su immobili urbani è stata oggetto di espresso ed articolato riconoscimento da parte della giurisprudenza di merito²⁰⁸.

Nel caso in questione, il Tribunale, nell'ambito di un giudizio di affrancazione di enfiteusi proposto dall'enfiteuta nei confronti del proprietario, prende posizione in ordine ad alcune riserve sollevate in comparsa conclusionale dalla difesa del convenuto, relative, tra l'altro, al *nomen iuris* del contratto.

In particolare, il convenuto sosteneva che «*non si verserebbe in tema di enfiteusi solo perché il negozio vertente tra le parti ha ad oggetto un complesso immobile urbano e specificamente "case" anziché "fondi rustici"*»²⁰⁹. Il Tribunale si sofferma sulla composizione del fondo di cui è causa, riconoscendo che «*come si vede, quindi [...] trattasi di porzioni di fabbricato urbano, per cui il convenuto sostiene che gli immobili urbani non potrebbero formare oggetto dell'enfiteusi, con il risultato che, esclusa la configurazione giuridica prospettata dagli attori, rimarrebbe soltanto l'ipotesi della locazione*»²¹⁰.

Rigettando tale argomentazione, è stato in proposito osservato che «*[s]otto l'impero dell'abrogato codice, era controverso se l'enfiteusi potesse cadere su edifici, appartamenti, ecc., rilevando si che normalmente il negozio in discorso cadeva su fondi rustici. La dottrina era per l'affermativa. In realtà, sia l'abrogato codice che il codice vigente non distinguono. L'e-*

²⁰⁸ Trib. S. Maria Capua Vetere, 22 dicembre 1966, in *Temi nap.*, 1967, I, 216 e in *Riv. giur. edil.*, 1967, I, 945

²⁰⁹ Trib. S. Maria Capua Vetere, 22 dicembre 1966, in *Riv. giur. edil.*, 1967, I, 946

²¹⁰ Pacifica è quindi l'applicazione della disciplina codicistica all'enfiteusi urbana, per cui è stato ritenuto che l'estinzione del diritto reale, ai sensi dell'art. 967 c.c., si ha nel caso di perimento totale dell'edificio concesso del quale risulta divenuta impossibile ogni utilizzazione (Cass. 12 novembre 2013, n. 25428).

spressione «fondo» è stata sempre adottata con riferimento a qualsiasi unità immobiliare. Quando il legislatore ha voluto sottoporre a diverso regime giuridico beni rustici o urbani lo ha espressamente detto. Così, ad esempio, anche nel vigore del codice 1942, l'espressione «fondo» viene adottata indifferentemente con riguardo all'uno od all'altro di tali oggetti: si confrontino gli art. 1018, 1° co., e 1027 c. c., ovvero gli artt. 513, 536, 587 c. c. abrog. Senza contare che, quando lo stesso codice abrogato ha voluto distinguere le due ipotesi, ha menzionato espressamente gli immobili urbani, ovvero i «beni» o «fondi» rustici. Ora, sia sotto l'imperio dell'abrogato codice, che nel vigore di quello nuovo, la mancata specificazione nel testo della legge, non può che operare a favore dell'ammissibilità delle case urbane nel novero degli oggetti possibili dell'enfiteusi. Nel silenzio dei lavori preparatori, devesi rilevare che la storiografia dell'istituto ricorda che le enfiteusi sulle case urbane è stata sempre consentita, come ad esempio in diritto romano, negli stati comunitari ed in quelli preunitari. Non v'è ragione, dunque, per negarla oggi, nel silenzio del testo legislativo, la cui generica formazione non consente restrizione dell'oggetto. La giurisprudenza ha ammesso la assoggettabilità delle case all'enfiteusi²¹¹. Anche per la servitù è stato ritenuto dalla Cassazione²¹² che l'espressione «fondo» si riferisce a fondi rustici ed edifici. Alla stregua della riconosciuta possibilità giuridica dell'oggetto del negozio, si riafferma la natura del negozio medesimo, che è quindi da qualificare "enfiteusi"²¹³.

L'argomentazione citata veniva tradotta nella massima: «Gli immobili urbani possono essere oggetto di enfiteusi»²¹⁴.

Sulla stessa posizione, relativa all'ammissibilità di enfiteusi urbane, si collocano peraltro anche ulteriori pronunce, provenienti dalla giurisprudenza di legittimità, tra le quali ricordiamo la sentenza della Cass.,

²¹¹ Cfr. Cass., 29 maggio 1946

²¹² Cfr. Cass., 25 maggio 1956, n. 1912

²¹³ Trib. S. Maria Capua Vetere, 22 dicembre 1966, ult. cit., 946 s.

²¹⁴ *Ibidem* in Rep. Foro it., 1967, *Enfiteusi*, n. 32, 730, la massima riportata è: «È possibile costituire un'enfiteusi su di un immobile urbano»

8 gennaio 1969, n. 35²¹⁵, in cui si stabilisce che l'enfiteusi possa essere concessa su parti di un fondo distinte anche in senso orizzontale, ammettendo perciò un'enfiteusi concessa sul solo edificio e non anche sul suolo sul quale il medesimo insiste.²¹⁶

Di particolare interesse è inoltre la sentenza della Cass., 26 gennaio 1970, n. 159²¹⁷, in cui si afferma che la classificazione come fabbricato urbano data dall'amministrazione finanziaria al rustico annesso al fondo agricolo concesso in enfiteusi non modifica l'oggetto del rapporto trasformando l'enfiteusi da rustica in urbana (la massima estratta recita: «È irrilevante per l'individuazione della natura urbana o rustica di una enfiteusi e per la determinazione del prezzo di affrancazione la classificazione catastale di una costruzione compresa nel fondo, che è oggetto del rapporto enfiteutico nella sua interezza, comprese le accessioni (nella specie, durante il giudizio di affrancazione, una costruzione compresa in un fondo oggetto di livello veneto era stata classificata come immobile urbano ai fini dell'iscrizione nel nuovo catasto)»).

4. L'autonoma rilevanza dell'enfiteusi urbana

Il dubbio, relativo all'applicabilità della L. 22 luglio 1966, n. 607 anche alle fattispecie di enfiteusi urbana, implicitamente risolto in senso favorevole dal Trib. di S. Maria Capua Vetere nella sentenza citata, costituisce oggetto dell'intervento svolto in materia dalla Corte Cost., la quale²¹⁸ stabilisce, tra l'altro, l'inapplicabilità della legge n. 607 del 1966 alle enfiteusi urbane ed edificatorie, in quanto tale legge ha ad oggetto le sole enfiteusi di fondi rustici.

²¹⁵ In *Mass. Giust. civ.*, 1969, 22

²¹⁶ La massima, riportata anche in *Rep. Foro it.*, 1969, Enfiteusi, n. 14, 841, recita: «L'enfiteusi può costituirsi su parti di un fondo, anche distinte in senso orizzontale (ad esempio su di un edificio, con esclusione del suolo su cui esso insiste)»

²¹⁷ In *Mass. Giust. civ.*, 1970, 95 e in *Foro it.*, 1970, I, 2147

²¹⁸ C. Cost., 21 marzo 1969, n. 37, in *Giur. It.*, 1969, I, 1246

L'importanza della pronuncia del giudice delle leggi in materia, ai fini della presente trattazione, consegue inoltre al fatto che in questa sede la Corte procede alla definizione delle enfiteusi urbane e di quelle edificatorie.

A seguito dell'emissione di oltre cinquanta ordinanze pretorili di remissione alla Corte Costituzionale, intervenute tra il dicembre 1966 ed il luglio 1968²¹⁹, la Corte viene ad esaminare numerosi profili di illegittimità costituzionale della citata L. 607 del 1966.

Detta legge riforma la disciplina delle enfiteusi e delle prestazioni fondiarie perpetue, abrogando l'art. 962 c. C. e gli artt. 142 ss. disp. att. relative alle enfiteusi costituite sotto le leggi anteriori.

Le censure sollevate sono state principalmente le seguenti: eccesso di potere legislativo; violazione dei diritti inviolabili dell'uomo; uniformità normativa per rapporti differenziati dai rapporti enfiteutici; violazione del diritto di difesa nel procedimento di affrancazione; violazione dell'autonomia contrattuale nel riferimento al reddito dominicale calcolato a norma della L. 29 giugno 1939, n. 976 per la determinazione del canone e del capitale di affrancazione; violazione del diritto di proprietà per gli stessi motivi, in relazione a contratti stipulati prima dell'entrata in vigore del libro della proprietà del nuovo cod. civ.; violazione dell'art. 42 Cost. per gli stessi motivi in relazione ai contratti stipulati dopo tale data; contrasto con l'art. 41 Costo dell'abrogazione dell'art. 972, ult. co, c c.; contrasto con l'art. 42, 3° co., dell'abrogazione della revisione decennale dei canoni ex art. 962 c.c.

All'esito del giudizio, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della medesima legge «*limitatamente alla parte in cui comprende nella normativa anche i rapporti, che formano oggetto della legge, conclusi successivamente alla data del 28 ottobre 1941*»²²⁰. La data indicata

²¹⁹ V. *Raccolta Ufficiale delle Sentenze e Ordinanze della Corte Cost.*, 1969, 331 ss.

²²⁰ C. Cost., 21 marzo 1969, n. 37, in *Giur. It.*, 1969, I, 1246

è quella di entrata in vigore del Libro III della proprietà del nuovo cod. civ. italiano, che «*segna, a giudizio della Corte, una importante demarcazione*» a causa degli «*imponenti fatti storici ed economici*» intervenuti.

5. La disciplina delle enfiteusi urbane ed edificatorie e loro definizione

Il riferimento ai rapporti «*che formano oggetto della legge*» viene compreso in tutta la sua portata proprio in considerazione dell'esclusione, operata dalla Corte Costituzionale, di alcune fattispecie che sembravano ricomprese nell'ambito di operatività della legge in questione.

Una delle censure frequentemente riportate nelle ordinanze di remissione riguardava infatti la pretesa uniformità di normativa, realizzata dagli artt. 1 e 13 della L. 607 del 1966 anche per rapporti differenziati dai rapporti enfiteutici tipici, motivo per cui si lamentava il contrasto con l'art. 3 della Costituzione.

Tali rapporti, elencati testualmente negli artt. 1 e 13 della legge (essi sono: prestazioni fondiari perpetue; rapporti a miglioria in uso nelle province del Lazio ed in altre parti del territorio nazionale; contratti agrari atipici) vengono assimilati nel trattamento alle enfiteusi «*sul presupposto, comune a tutti gli istituti, della loro natura reale*»²²¹.

A questi rapporti, nota la Corte, «*dovrebbero aggiungersi, ritenendoli implicitamente regolati dalla legge, i rapporti aventi per oggetto enfiteusi urbane ed enfiteusi ad aedificandum, mentre ogni loro assimilabilità nelle conseguenze, alle enfiteusi rustiche, sarebbe, per diversità di contenuto e di caratteristiche, illegittima. Per quanto concerne le enfiteusi urbane e quelle "ad aedificandum" [...] la Corte ritiene che il sistema della legge, desunto dalla sua coordinazione, comporti la esclusione di esse dalla previsione legislativa. Là dove la legge (art. 1) usa i termini di enfiteusi e di canoni enfiteutici parrebbe riferirsi comprensivamente a tutti i tipi di enfiteusi, nessuno*

²²¹ C. Cost., 21 marzo 1969, n. 37, in *Giur. It.*, 1969, I, 1246

escluso. Ma, un esame di dettaglio fa ritenere che l'oggetto della legge riguarda soltanto le enfiteusi di fondi rustici a fini di miglioramento agrario, cioè quelle che prevalgono di gran lunga, per tradizione e diffusione, e che qui sono state considerate nel quadro generale di attuazione di riforme agrarie».

Una importante conseguenza dell'esclusione delle enfiteusi urbane dall'applicazione della L. 607 del 1966 è costituita dal mantenimento in vigore, per tali fattispecie, della revisione decennale del canone ex art. 962 c. c.: infatti, «*[Poiché le enfiteusi urbane e quelle "ad aedificandum" sono, come si è già detto, da considerare escluse dall'ambito della legge in esame, l'abrogazione del diritto alla rivedibilità [del canone enfiteutico ex art. 962 c. c.] va qui considerata in funzione della materia, propria ed esclusiva, dell'enfiteusi sui fondi rustici. Ogni altra questione che possa riguardare l'estensione ovvero la non estensione dell'ambito dell'abrogazione ad altre ipotesi al di fuori della normativa in esame, vengono ad incidere negativamente, escludendolo, sul riconoscimento di una loro rilevanza in questo giudizio]*»²²².

Sebbene non intervenga sull'ammissibilità di tali fattispecie, dandola per scontata in ossequio alla millenaria tradizione che dal diritto romano ammetteva le fattispecie di enfiteusi urbana, la Corte Costituzionale stabilisce anche in via incidentale una definizione sia di enfiteusi urbane che di enfiteusi edificatorie: le enfiteusi urbane sono quelle aventi generalmente per oggetto terreni già coperti da edifici da conservare e migliorare; le enfiteusi edificatorie sono quelle aventi per oggetto terreni concessi in enfiteusi per essere migliorati mediante la costruzione²²³.

Il riconoscimento operato dalla Corte Costituzionale delle differenze esistenti tra enfiteusi urbane, edificatorie e rustiche, non solo permette di riconoscere in via definitiva l'ammissibilità in diritto italiano delle fattispecie di enfiteusi urbane, ma sancisce anche le opinioni prevalenti

²²² Loc. ult. cit., 368

²²³ Loc. ult. cit., 354

in dottrina, attribuendo alle enfiteusi urbane autonoma rilevanza a fini non meramente sistematici, bensì, in virtù dell'operato assoggettamento a diversa e specifica disciplina di legge, con rilevanti conseguenze in termini pratici.

Si realizza in questo modo, per effetto di intervento giurisprudenziale, l'introduzione nel campo del diritto civile italiano di una specifica fattispecie dotata di propria disciplina di legge.

5.a. La giurisprudenza conforme

A detta pronuncia della Corte Costituzionale fanno seguito numerose decisioni della Cassazione, che si uniformano alla riconosciuta discriminazione tra enfiteusi urbane e non.

Tra queste ricordiamo: Cass., 20 dicembre 1969, n. 4017²²⁴, ove si afferma che la L. 607/66 non si applica alle enfiteusi urbane; Cass., 1 dicembre 1969, n. 3846²²⁵, in cui in base al presupposto che la L. 607/66 si applica ai soli fondi rustici, l'art. 2 della stessa, che stabilisce la competenza del pretore per il giudizio di affrancazione, viene dichiarato inapplicabile all'affrancazione di fondi urbani; Cass., 10 ottobre 1969, n. 3270²²⁶, ove si dichiara che l'art. 2 della L. 607/66 è norma eccezionale, non estesa per analogia alle enfiteusi urbane²²⁷, le quali ribadiscono che la L. 607/66 si applica alle sole enfiteusi rustiche; Cass., 20 aprile 1971, n. 1137²²⁸, ove si ritiene inapplicabile l'art. 2 della legge in oggetto per l'affrancazione di fondi urbani.

²²⁴ In *Giur. it.*, 1970, I,1, 882

²²⁵ In *Giur. it.*, 1970, I, 1,704

²²⁶ In *Foro it.*, 1969, I, 2393

²²⁷ Cass., 12 febbraio 1970, n. 367 (in *Giust. civ.*, 1970, I, 528), Cass., 5 marzo 1970, n. 534 (in *Giust. civ.*, 1970, I, 490) e Cass., 4 aprile 1970, n. 923 (in *Mass. Giust. civ.*, 1970, 512

²²⁸ In *Mass. Giust. civ.*, 1970, 618

Che le sentenze della Corte Costituzionale costituiscano legittime ipotesi di *leading case* è del resto fuor di dubbio, atteso il loro carattere innovativo della preesistente disciplina normativa, con effetto vincolante, appunto, per il giudice.

CAPITOLO IV

DIRITTO REALE D'USO

LA COMMERCIALIZITÀ DEI PARCHEGGI

Sommario:- 1. *La normativa di riferimento in tema di parcheggi.* 2. *I parcheggi obbligatori.* 2.a. *La c.d. teoria oggettiva o liberista.* 2.b. *La teoria soggettiva o vincolistica.* 2.c. *La posizione della giurisprudenza.* 3. *La circolazione dei parcheggi obbligatori dopo l'entrata in vigore dell'art. 26 della Legge 28 febbraio 1985, n. 47 (c.d. Legge sul condono edilizio).* 4. *La Legge Tognoli.* 5. *In particolare la circolazione dei parcheggi obbligatori dopo l'entrata in vigore del T.U. dell'edilizia, D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380.* 6. *Con riguardo ai parcheggi realizzati in eccedenza rispetto allo spazio minimo richiesto dall'art. 18 della legge 6 agosto 1967, n. 765: interventi giurisprudenziali in materia.* 7. *La circolazione dei parcheggi obbligatori dopo l'entrata in vigore della Legge 28 novembre 2005, n. 246;* 8. *Le novità del decreto semplifica Italia e del decreto del fare: anni 2012 – 2013.*

1. La normativa di riferimento in tema di parcheggi

La normativa di riferimento può essere individuata, in particolar modo, in due disposizioni, contenute, l'una nella c.d. “legge ponte”

e l'altra nella "legge Tognoli", tant'è vero che, al riguardo, si è soliti parlare, anche, di "parcheggi ponte" e di "parcheggi Tognoli", proprio per indicare in via semplificata in quale contesto normativo deve essere fatto ricadere l'oggetto negoziato, allo scopo di trarne le conseguenze operative sul piano giuridico.

L'art. 18 della legge 6 agosto 1967, n. 765 (c.d. legge-ponte perché essa doveva costituire una sorte di ponte di passaggio tra la legge urbanistica del 1942 e la riforma del settore urbanistico), ha inserito l'articolo 41-*sexies* nella legge urbanistica 17 agosto 1942, n. 1150, così formulato: «*nelle nuove costruzioni ed anche nelle aree di pertinenza delle costruzioni stesse, debbono essere riservati appositi spazi per parcheggi in misura non inferiore ad un metro quadrato per ogni venti metri cubi di costruzione*».

La norma è stata parzialmente modificata dall'art. 2, 2° comma della legge 24 marzo 1989, n. 122, prevedendosi ora un metro quadrato per ogni dieci metri cubi di costruzione.

Per quanto riguarda, invece, la legge 24 marzo 1989, n. 122 (c.d. legge Tognoli dal nome del proponente, allora Ministro dei lavori pubblici) dispone testualmente che «*i proprietari di immobili possono realizzare nel sottosuolo degli stessi ovvero nei locali siti al piano terreno dei fabbricati parcheggi da destinare a pertinenza delle singole unità immobiliari, anche in deroga agli strumenti urbanistici ed ai regolamenti edilizi vigenti. Tali parcheggi possono essere realizzati, ad uso esclusivo dei residenti, anche nel sottosuolo di aree pertinenziali esterne al fabbricato, purché non in contrasto con i piani urbani del traffico, tenuto conto dell'uso della superficie sovrastante e compatibilmente con la tutela dei corpi idrici*» (art. 9, 1° comma).

Sulla base di queste due fonti normative possiamo individuare tre tipi di parcheggio :

a) parcheggi o posti auto "ponte", chiamati anche parcheggi obbligatori, perché la legge urbanistica ne impone obbligatoriamente la cre-

azione unitamente alla costruzione autorizzata;

b) parcheggi o posti auto Tognoli, chiamati anche parcheggi facoltativi, perché lasciati alla libera iniziativa dei privati e non imposti da alcuna legge;

c) parcheggi liberi, cioè posti auto che non rientrano in nessuna delle predette normative e che pertanto sono liberamente alienabili e commerciabili a favore di chiunque.

In particolare, di quest'ultima categoria, non si tratterà nel presente scritto, perché non vi è materia sulla quale discutere. La nostra attenzione va quindi alle due prime categorie, che si procede ad esaminare, iniziando dai parcheggi-ponte.

2. I parcheggi obbligatori

I parcheggi individuati, in base all'art. 41 *sexies*, sono posti auto definiti obbligatori, in quanto ne viene imposta la creazione unitamente alla costruzione autorizzata, tale obbligo, infatti, si sostanzia nella destinazione a parcheggio di una certa area, calcolata in base ad un preciso piano volumetrico, pari ad un metro quadrato di parcheggio per ogni 10 metri cubi di costruzione. A ciò consegue che, in caso di inosservanza, si escluda la possibilità di ottenere la concessione a costruire (poi *permesso di costruire*, come previsto dal D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, ora *D.I.A.*) da parte dell'Amministrazione pubblica, la quale, infatti, «non può autorizzare nuove costruzioni che non siano corredate dalle aree anzidette, costituendo l'osservanza della norma in esame condizione di legittimità della concessione stessa». Si tratta, quindi, di posti auto creati contestualmente alla costruzione autorizzata.

La norma esige per le nuove costruzioni (a partire dal settembre 1967) che esse siano dotate di aree di parcheggio, le quali potranno essere realizzate in zone scoperte, in locali all'interno dell'edificio, nel

sottosuolo, al pian terreno, o anche in aree confinanti col fabbricato.

Ma la genericità dell' espressione utilizzata dal legislatore «*devono essere riservati appositi spazi per parcheggi*» ha dato subito luogo, in quanto nulla dice in merito alla natura giuridica del vincolo concernete i parcheggi, a due ricostruzioni diametralmente opposte.

2.a. La c.d. teoria oggettiva o liberista

«Secondo una teoria, definita “oggettiva” (o liberista), la norma pone, appunto, solo un vincolo oggettivo di destinazione: gli spazi per parcheggio previsti dalla legge (che stabilisce uno standard urbanistico) non sono gravati da alcun vincolo di tipo soggettivo che ne prescriva l'utilizzazione da parte dei soli proprietari delle unità immobiliari situate nel fabbricato cui tali parcheggi accedono. Essi, pertanto, potrebbero essere liberamente attribuiti non solo in proprietà, ma anche in uso a soggetti che non siano proprietari o comunque utilizzatori di unità immobiliari poste nel fabbricato.

Il vincolo posto dalla legge ponte avrebbe, quindi, carattere meramente oggettivo, in quanto impone la destinazione a parcheggio di determinati spazi senza però indicarne gli utilizzatori (si tratterebbe, secondo alcuni autori, di servitù di uso pubblico).

A sostegno di tale teoria si adducono sostanzialmente due argomentazioni.

In primo luogo, si afferma che l'art. 18 della legge ponte, essendo diretto unicamente a introdurre uno standard urbanistico opera esclusivamente nei rapporti tra costruttore dell'edificio e Pubblica Amministrazione competente all'emanazione dei provvedimenti in materia urbanistica, e come tale, non incide direttamente sui rapporti interprivati.

In secondo luogo, si osserva che la libera alienabilità degli spazi per parcheggio può essere agevolmente desunta dalla ratio della stessa norma, la quale mira ad evitare la congestione delle strade derivante dal parcheggio indiscriminato degli autoveicoli. A questo fine è irrilevante la persona che

utilizza lo spazio per parcheggio; ciò che interessa, infatti, è che detto spazio sia utilizzato per il parcheggio di autovetture: sia cioè rispettato il vincolo»²²⁹

2.b.- La teoria soggettiva o vincolistica

«Secondo l'opposta teoria, definita "soggettiva" (o vincolista), gli spazi per parcheggio, individuati in base alla legge ponte, sono gravati da un vincolo inderogabile di destinazione di tipo, appunto, soggettivo, di guisa che tali spazi devono essere necessariamente utilizzati dai proprietari e/o utilizzatori delle unità immobiliari di cui fa parte l'edificio. Il vincolo opererebbe in un duplice senso.

Innanzitutto, esso porrebbe una relazione di accessorietà tra la costruzione e gli spazi per parcheggio, rilevante nei rapporti interpretati. Detta relazione potrebbe atteggiarsi in modo diverso. Se lo spazio per parcheggio è interno alla costruzione, il vincolo legale opererebbe nel senso di qualificare detto spazio quale parte comune condominiale destinata a un servizio comune di cui la legge configura l'esigenza e impone l'assolvimento. Se, invece, lo spazio è esterno il vincolo opererebbe nel senso di qualificare detto spazio quale pertinenza del fabbricato: si tratterebbe di una "pertinenza ex lege", in quanto la qualifica pertinenziale e le conseguenze giuridiche ad essa riconducibili non derivano, come di regola, dalla obiettiva destinazione al servizio della cosa principale, bensì direttamente dalla legge. In entrambi i casi il rapporto di accessorietà esistente tra l'edificio e gli spazi per parcheggio fa sì che la vendita della singola unità immobiliare, in difetto di contraria disposizione scritta ai sensi dell'art. 1117 c.c., ovvero dell'art. 818, comma 1, c.c., comporti la vendita anche dello spazio per parcheggio.

In secondo luogo, il vincolo di destinazione opererebbe nel senso di impedire che i privati, nell'esercizio della propria autonomia negoziale, possano derogare al principio della necessaria utilizzazione degli spazi per

²²⁹ Cass. civ., Sez. Un., 15 giugno 2005, n. 12793, in *Corr. Giur.*, 10, 2005, 1393

*parcheggio da parte dei proprietari e/o utilizzatori del fabbricato. In altri termini sarebbe consentito con apposita pattuizione scritta derogare al principio *accessarium sequitur principale* solo quanto alla proprietà dello spazio per parcheggio, ma non quanto all'uso dello stesso. Si parla di un diritto di uso *ope legis*, con la conseguenza che una contraria pattuizione delle parti sarebbe nulla per contrasto con una norma imperativa ai sensi dell'art. 1418 c.c. e verrebbe sostituita di diritto dalla norma imperativa violata ai sensi dell'art. 1419, comma 2, c.c. .*

Destinatari del vincolo e quindi, titolari del diritto d'uso sarebbero i proprietari delle singole unità immobiliari, alle quali potrebbero essere attribuiti uno o più posti d'auto, mentre altre ne potrebbero essere private, ovvero la "collettività condominiale" e, quindi, tutti i componenti di questa, con la conseguenza che, ove i posti auto predisposti in misura conforme allo standard legale non siano sufficienti ad assicurare almeno un parcheggio per ciascuna unità immobiliare, non sarebbe possibile procedere alla suddivisione dell'uso dei posti medesimi, ma detto uso dovrebbe necessariamente avvenire in modo indifferenziato e promiscuo, salva la previsione di un godimento ternario.

La teoria soggettiva si basa anch'essa su un duplice ordine di considerazioni.

In primo luogo, si afferma, la ratio della norma depone nel senso di individuare i destinatari dell'uso degli spazi per parcheggio nelle persone che le nuove costruzioni stabilmente occupano o che ad esse abitualmente accedono. Ed infatti, se si considera che la norma mira ad evitare la congestione delle strade derivante dal parcheggio indiscriminato degli autoveicoli, dovrebbe considerarsi che il maggiore e più continuativo ingombro delle strade pubbliche in prossimità degli edifici è causato dai veicoli di proprietà di quelle persone che abitano o frequentano, appunto, quegli edifici.

In secondo luogo, in tal modo individuati i fruitori degli spazi per parcheggio e considerata la rilevanza pubblicistica dell'interesse perseguito dalla

norma, quest'ultima verrebbe ad assumere il carattere di norma imperativa, la cui violazione comporta ipso iure la nullità ex art. 1418 c.c., anche in difetto di espressa comminatoria (cd. principio della nullità virtuale)»²³⁰.

2.c. La posizione della giurisprudenza

In giurisprudenza, fin dall'inizio, accanto all'orientamento che ha sposato una lettura "oggettiva" della norma, riconoscendo una rilevanza dell'art. 18 unicamente nel rapporto costruttore - pubblica amministrazione²³¹, è possibile riscontrare una tendenza della Corte, conforme alla teoria "soggettiva", che ritiene l'area destinata a parcheggio come accessorio inscindibile dall'appartamento²³², facendo ricorso a figure differenti a seconda dell'ubicazione del parcheggio. Se interno all'edificio, è stato considerato di uso comune dei condomini ex art. 1117 c.c.; se esterno, è stato configurato come oggetto di diritto di servitù.

In alcune pronunce si è optato per attribuire all'art. 18 operatività diretta anche nei rapporti interpretati, con il fine ultimo di tutelare l'acquirente e garantire l'effettiva destinazione del posto-auto. La salvaguardia della reale funzione del parcheggio è stata attuata attraverso un duplice strumento: attribuendo, per un verso, il diritto di proprietà dell'area ai condomini e sanzionando, per altro verso, con la nullità, i contratti nei quali risulti esclusa la relativa zona, trattandosi di materia sottratta all'autonomia privata²³³. La clausola con la quale il proprietario dell'edificio si fosse riservata la disponibilità dell'area di parcheggio è stata, quindi, sanzionata con la nullità. L'identificazione dell'art. 18 come norma cogente, nei rapporti fra i privati, ha portato altresì al riconoscimento di una sua efficacia abrogativa o sostitutiva nei con-

²³⁰ Cass. civ., Sez. Un., 15 giugno 2005, n. 12793, in *Corr. Giur.*, 10, 2005, 1393

²³¹ Cass. 24 aprile 1981, n. 2452; 15 ottobre 1982, n. 5344; 9 maggio 1983, n. 3179

²³² Cass. 18 dicembre 1981, n. 6714

²³³ Cass. 25 gennaio 1982, n. 483

fronti della clausola contrattuale ad essa contraria e, per realizzare la finalità della disposizione, al ricorso alla costituzione di un diritto reale d'uso nei confronti dell'acquirente²³⁴.

È tale contrasto che ha determinato l'intervento delle Sezioni Unite²³⁵, le quali hanno affermato che l'art. 18 costituisce una disposizione imperativa ed inderogabile in correlazione agli interessi pubblicistici da esso perseguiti e che, in quanto tale, non opera soltanto nel rapporto tra costruttore - proprietario dell'edificio e Pubblica amministrazione, ma anche nei rapporti privatistici inerenti agli spazi per parcheggio. Conseguentemente il posto - auto viene considerato parte comune dell'edificio se ricavato all'interno dello stesso e pertinenza, legata ad un vincolo di destinazione funzionale, se posto all'esterno; ciò in mancanza di un titolo attributivo della proprietà esclusiva ai singoli condomini. Le pattuizioni negoziali che, sotto forma di riserva di proprietà a favore del costruttore o di cessione a terzi, sottraggono ai condomini l'uso del parcheggio vengono considerate nulle e, di conseguenza, il contratto traslativo della proprietà di un appartamento in condominio che non prevede anche il contestuale trasferimento del posto - auto si ritiene integrato *ope legis* ex art. 1374 c.c. con il riconoscimento di un diritto reale di uso su quello spazio in favore del condomino. In questo caso viene, comunque, riconosciuto all'alienante il diritto ad un'integrazione del prezzo, nel caso in cui esso sia stato determinato solo sulla base del valore dell'appartamento.

Ed infatti, come può leggersi nelle massime della Suprema Corte: «*La controversia promossa dal proprietario di appartamento in fabbricato condominiale, nei confronti del costruttore-venditore, per sentire riconoscere la destinazione a parcheggio di veicoli di spazi realizzati nel fabbricato stesso, in conformità del disposto dell'art. 41 sexies l. urbanistica 17 agosto 1942, n. 1150 (introdotto dall'art. 18 l. 6 agosto 1967, n. 765), non*

²³⁴ Cass. 7 agosto 1981, n. 4890

²³⁵ Sez. Un. 17 dicembre 1984, nn. 6600, 6601 e 6602

investe direttamente gli atti amministrativi, quali quelli in base a cui è stato costruito e destinato l'edificio, ma riguarda esclusivamente posizioni di diritto soggettivo nell'ambito di rapporti privatistici, e, pertanto, spetta alla giurisdizione del giudice ordinario [...]. L'art. 41 sexies l. urbanistica 17 agosto 1942, n. 1150, introdotto dall'art. 18 l. 6 agosto 1967, n. 765, il quale dispone che nelle nuove costruzioni ed anche nelle aree di pertinenza delle costruzioni stesse debbono essere riservati appositi spazi per parcheggi in misura non inferiore ad un metro quadrato per ogni venti metri cubi di costruzione, configura norma imperativa ed inderogabile, in correlazione degli interessi pubblicistici da essa perseguiti, che opera non soltanto nel rapporto fra il costruttore o proprietario di edificio e la autorità competente in materia urbanistica, ma anche nei rapporti privatistici inerenti a detti spazi, nel senso di imporre la loro destinazione ad uso diretto delle persone che stabilmente occupano le costruzioni o ad esse abitualmente accedono; ciò comporta, in ipotesi di fabbricato condominiale, che, qualora il godimento dello spazio per parcheggio non sia assicurato in favore del proprietario del singolo appartamento in applicazione dei principi sull'utilizzazione delle parti comuni dell'edificio o delle sue pertinenze, essendovi un titolo contrattuale che attribuisca ad altri la proprietà dello spazio medesimo, deve affermarsi la nullità di tale contratto nella parte in cui sottrae lo spazio per parcheggio alla suddetta inderogabile destinazione, e conseguentemente deve ritenersi il contratto stesso integrato "ope legis" con il riconoscimento di un diritto reale di uso di quello spazio in favore di detto condomino (salva restando la possibilità delle parti di ottenere, anche giudizialmente, un riequilibrio del sinallagma contrattuale, alterate dall'indicata integrazione dell'oggetto di una delle prestazioni)»²³⁶.

Ed ancora, «l'art. 41 sexies, l. n. 1150 del 1942, introdotto dall'art. 18, l. n. 765 del 1967 e disponente la riserva di spazi di parcheggio nelle nuove costruzioni, di superficie proporzionata alla cubatura dell'edificio,

²³⁶ Cass. civ., Sez. Un., 17 dicembre 1984 n. 6602, in *Mass.*, 1984

costituisce norma imperativa, che opera non solo nel diritto amministrativo ma anche nei rapporti privatistici inerenti ai detti spazi; ciò comporta che nei fabbricati condominiali il proprietario del singolo appartamento gode dello spazio di parcheggio come delle parti comuni e delle loro pertinenze, e che il mancato trasferimento a lui della proprietà pro quota del detto spazio comporta il suo acquisto su di esso di un diritto reale d'uso (salva la possibilità del venditore di ottenere un riequilibrio del sinallagma contrattuale)»²³⁷.

3. La circolazione dei parcheggi obbligatori dopo l'entrata in vigore dell'art. 26 della Legge 28 febbraio 1985, n. 47 (c.d. Legge sul condono edilizio)

Poco dopo tale intervento, è sopraggiunta la legge 28 febbraio 1985 n. 47 (c.d. condono edilizio), che all'art. 26 stabilisce «*Gli spazi di cui all'art. 18 della legge 6 agosto 1967, n. 765 costituiscono pertinenze delle costruzioni, ai sensi e per gli effetti degli artt. 817, 818 e 819 del codice civile*».

I lavori preparatori dimostrano che detta norma fu scritta proprio per dirimere il contrasto di opinioni che si era creato al riguardo in dottrina e giurisprudenza, ma il risultato non è stato raggiunto e la disposizione ha determinato immediatamente il sorgere di una *querelle* sulla sua natura di norma di interpretazione o di innovazione.

Certamente l'art. 26 cit. ha definitivamente sancito la sussistenza del rapporto di accessorietà, proprio delle pertinenze, del posto-auto rispetto al fabbricato, come era stato già individuato dai sostenitori della teoria soggettiva, ed in particolar modo, dalla giurisprudenza.

Parimenti, conformemente alla teoria oggettiva, il richiamo all'art. 818 c.c. (che, al secondo comma, stabilisce che «*le pertinenze possono*

²³⁷ Cass. civ., Sez. Un., 17 dicembre 1984 n. 6600, in *Giur. It.*, 1985, I, 695

formare oggetto di separati atti o rapporti giuridici») consente di affermare con sicurezza la alienabilità del posto auto separatamente dall'unità immobiliare di cui costituisce pertinenza²³⁸.

Il riconoscimento della natura di pertinenza integra uno specifico tipo di regolamentazione dei rapporti interpretati in base al quale il proprietario che vende l'immobile ad altro soggetto può ben riservarsi la proprietà dell'area di parcheggio con il solo obbligo di rispettare il vincolo di destinazione.

Tuttavia, ancora una volta, dottrina e giurisprudenza non si trovano-

²³⁸ V. POLLICE, *Pertinenze*, in *Digesto delle scienze privatistiche, Sezione civile*, XIII, 1995, 527. Per aversi pertinenza occorre una specifica volontà del titolare del bene principale e del bene accessorio (che, necessariamente, devono coincidere), il quale deve dimostrare, in modo inequivoco, la volontà di destinare il bene accessorio a pertinenza del bene principale. Questa necessità è stata ribadita dalla stessa Corte di Cassazione con sentenza 3 novembre 2000, n. 14350, secondo cui «*il rapporto pertinenziale tra due porzioni immobiliari si realizza ad opera dell'originario proprietario di entrambe, di guisa che, anche se possa apparire ragionevole l'utilità della cosa accessoria rispetto a quella principale, nel difetto di una specifica volontà del titolare, il regime pertinenziale si ha per non provato, ossia si considera non sussistente*». Inoltre, secondo la dottrina, la dichiarazione di destinazione a pertinenza, non ha valore negoziale ma valore di atto giuridico in senso stretto. Per cui, al fine della sussistenza di una pertinenza, è necessario che, nell'atto traslativo del bene principale, sia inserita un'idonea dichiarazione del proprietario del bene principale ed accessorio, che esprima chiaramente il vincolo pertinenziale. La nozione di pertinenzialità urbanistica mutua i suoi principi da quella di pertinenzialità civilistica: la pertinenza urbanistica, altro non è che un bene accessorio destinato ad ornamento o servizio di un bene principale. Tuttavia, le due nozioni, quella di pertinenza civilistica e quella di pertinenza urbanistica, si differenziano più nettamente, sul piano della disciplina, in quanto la seconda non è disciplinata dalle norme del codice civile, ma è soggetta ai più restrittivi principi del diritto urbanistico. Infatti, sotto il profilo civilistico, se un soggetto intende trasferire un bene immobile ed una pertinenza, deve dichiarare nell'atto il vincolo di pertinenzialità di guisa che il bene accessorio venga assoggettato al regime giuridico delle pertinenze. Sotto il profilo urbanistico, invece, la disciplina è molto più restrittiva, in quanto, le dichiarazioni urbanistiche relative alle pertinenze, intanto restano assorbite dalle dichiarazioni urbanistiche relative alla cosa principale, quando il bene accessorio risulti sprovvisto di qualunque autonomia urbanistica. Invece, qualora il bene urbanistico sia dotato di una sua autonomia, occorreranno le specifiche dichiarazioni urbanistiche. In tal senso Cass., 18 settembre 2000, n. 9744.

no concordi sulla effettiva portata dell'art. 26 della Legge 28 febbraio 1985, n. 47, di guisa che si riaccese il dibattito tra le due teorie, (sopra citate), quella c.d. liberista e quella c.d. vincolista, in merito alla incidenza dell'art. 26 citato, sul regime della circolazione giuridica dei parcheggi obbligatori.

I sostenitori della teoria liberista ravvisarono nel disposto dell'art. 26, la conferma normativa della fondatezza della propria tesi. L'espresso riconoscimento da parte del legislatore della natura pertinenziale del rapporto intercorrente tra posto auto ed immobile ad uso abitativo, non avrebbe potuto che significare l'esatta applicazione, per i negozi traslativi, del regime giuridico delle pertinenze, in forza del quale il bene principale può essere trasferito anche separatamente dal bene secondario (art. 818, comma 2).

Viceversa, i sostenitori della teoria vincolista ritennero che la disposizione lasciasse inalterato il vincolo di asservimento necessario dei posti-auto all'uso esclusivo dei condomini e degli altri soggetti che frequentavano l'edificio, affermando, con l'avallo, poi, della Suprema Corte, che l'art. 26, avesse una limitata funzione interpretativa, consistente nell'esplicazione testuale di un principio giuridico, quello della negoziabilità separata delle aree a parcheggio rispetto alle unità abitative, già acquisito dall'ordinamento; con l'unico limite, ancora permanente, del vincolo reale di uso di destinazione, a favore dell'utilizzatore dell'unità immobiliare, che la nuova normativa aveva lasciato inalterato²³⁹.

²³⁹ Cass., S.U., 18 luglio 1989, n. 3363; Cass., 9 giugno 1987 n. 5036; Cass., 20 luglio 1987; Cass., 25 febbraio 1991, n. 2004; Cass., 9 maggio 1991, n. 5180; Cass., 10 luglio 1991, n. 7631; Cass., 29 maggio 1992, n. 6533; Cass., 21 aprile 1993, n. 4691; Cass., 1 giugno 1993, n. 6104; Cass., 17 dicembre 1993, n. 12495; Cass., 10 gennaio 1995, n. 244; Cass., 20 ottobre 1997, n. 10248; Cass., 7 marzo 1997 n. 2036; Cass., 8 maggio 1996, n. 4271; Cass., 16 febbraio 1996, n. 1196; Cass., 28 gennaio 2000, n. 982; Cass., 14 novembre 2000, n. 14731; Cass., 11 gennaio 2001, n. 341; Cass., 5 maggio 2003, n. 6751; *contra* LUMINOSO, *Parcheggi obbligatori: cadono le limitazioni alla libera trasferibilità*, 684-685, secondo cui l'art. 26 Legge 1985, n. 47, non pone alcun vincolo o limitazione alla trasferibilità delle aree destinate a parcheggio. Ciò non significa, tuttavia,

Ed infatti, in ambito giurisprudenziale, dopo il susseguirsi di pronunce contraddittorie²⁴⁰, è intervenuta la Cassazione, questa volta a Sezioni Unite, con la sentenza del 18 luglio del 1989, n. 3363, affermando che «*gli spazi a parcheggio sono liberamente alienabili, ma nei limiti della destinazione a parcheggio non modificabile e del diritto reale d'uso riconosciuto agli utenti degli alloggi*» per cui «*poiché l'art. 26, ultimo comma, l. 28 febbraio 1985, n. 47 non modifica il regime vincolistico, imposto dall'art. 18, l. 6 agosto 1967, n. 765, fra unità abitativa e spazi di parcheggio condominiali, chiarendone solo l'originaria portata, deve ritenersi che i contratti di autonoma disposizione di detti spazi di parcheggio, pur ammissibili, non possano intaccare il diritto reale d'uso a favore del titolare dell'unità abitativa: è, pertanto, nulla, e va sostituita "ope legis", la clausola contrattuale con cui il venditore dell'immobile abbia riservato a sé la piena proprietà dell'area di parcheggio*».

In tal senso, in riferimento a codesta nullità, si legge come «*nemmeno è d'ostacolo, la nullità virtuale, alla sostituzione di diritto della clausola nulla con la norma imperativa ed alla conseguente conservazione del contratto ai sensi dell'art. 1419 comma 2° cod. civ. giacché alla clausola obbligatoria di trasferimento delle aree accessorie con l'immobile principale (da ritenersi inserita nel contratto a norma dell'art. 1339 cod. civ.)*

che la disciplina di cui agli artt. 41 *sexies* della legge urbanistica e 26, comma 5 della Legge 28 febbraio 1985, n. 47, non incidesse in alcuna maniera sul regime privatistico dei parcheggi obbligatori. Infatti, la qualificazione come pertinenze civilistiche, ex art. 26 comma 5, influiva sul regime normativo di tali immobili, facendone, in sostanza, un tipo di bene giuridico soggetto ad uno "statuto" particolare. L'autore ritiene che la qualificazione legislativa di pertinenza comportasse che gli spazi obbligatori per parcheggi, nel silenzio del titolo di acquisto delle unità immobiliari, andassero trattati come pertinenze, ai sensi e per gli effetti degli 817, 818 e 819 cod. civ., anche se in concreto facesse difetto la fattispecie costitutiva richiesta da questi articoli; e, nell'ipotesi in cui tali spazi facessero parte o accedessero ad un edificio in regime di condominio per piani dovessero considerarsi *ex lege* porzioni immobiliari condominiali.

²⁴⁰ A favore del carattere innovativo dell'art. 26 : Cass., 6 maggio 1966, n. 3370; di senso contrario: Cass., 9 giugno 1987, n. 5036 e 29 febbraio 1988, n. 2129

secondo il costante indirizzo interpretativo della giurisprudenza di questa S.C., espresso nelle citate sentenze, deve riconoscersi carattere sostitutivo, indipendentemente da una previsione espressa da parte della norma imperativa violata. D'altra parte, osserva la Corte, la nullità della clausola che, ai sensi dello art. 1418, 1° comma, cod. civ., travolge l'intero contratto se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza di essa, è da ritenersi sanzione incompatibile con le peculiari finalità della norma che, attraverso l'imposizione del vincolo, mira ad una migliore qualificazione del bene casa e, perciò, anche alla conservazione dello strumento negoziale che tale risultato concorre a realizzare, sia pure mediante la sostituzione automatica della clausola difforme. Poiché la sostituzione di diritto della clausola nulla si verifica anche in difetto di una previsione espressa della norma imperativa, essendo sufficiente che ne risulti il carattere sostitutivo, non può farsi ricorso al principio di tassatività cui sembrano invece ispirarsi le sentenze 11.6.1981 n. 3783 e 25.6.1979 n. 3551 di questa S.C., pur nella diversità delle fattispecie considerate. Il vincolo in questione, osservano conclusivamente le S.U., deve essere propriamente inquadrato nella categoria delle limitazioni legali della proprietà privata per scopo di pubblico interesse»²⁴¹.

Tuttavia, il riconoscimento ex lege del detto diritto reale di uso a favore dell'utilizzatore dell'immobile abitativo (a prescindere, quindi, dalla volontà delle parti negoziali), comportava uno squilibrio evidente del sinallagma contrattuale. Infatti, nell'ipotesi in cui oggetto del contratto traslativo fosse stato il solo immobile ad uso abitativo, senza la proprietà del box auto, automaticamente, sarebbe sorto il diritto di uso del box auto a favore del titolare dell'immobile abitativo, con la conseguenza che, l'alienante, per il prezzo pattuito, perdeva di più di quanto volontariamente trasferiva²⁴². Ecco che, allora, si è fatta strada la convinzione

²⁴¹ Cass. civ., Sez. Un., 18 luglio 1989 n. 3363, in *Foro It.*, 1989, I, 2739

²⁴² Seguendo la tesi vincolista della Corte di Cassazione, si poteva giungere a risultati davvero allarmanti, nella pratica contrattuale, allorché un soggetto avesse disposto per testamento del proprio appartamento a favor di alcuni figli e del vano garage (gravato da

della necessità di riequilibrare il sinallagma contrattuale.

In altri termini, ampliandosi la prestazione del venditore, era necessario creare un adeguamento della relativa controprestazione²⁴³. La stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione ha precisato che, qualora il diritto di uso del parcheggio operasse in forza di legge, in contrasto con la volontà e la dichiarazione contrattuale, il relativo prezzo non poteva intendersi compreso in quello pattuito e corrisposto per la vendita dell'unità immobiliare, dal momento che, quest'ultimo, evidentemente, non poteva dirsi riferito anche al diritto volontariamente non trasmesso.

Pertanto, il giudice, quando pronunciava il trasferimento *ex lege* dell'indicato diritto di uso, doveva anche pronunciare il riconoscimento del diritto del venditore al relativo compenso, in quanto, all'integrazione di una delle prestazioni dovute per contratto, doveva corrispondere la coerente integrazione dell'oggetto della controprestazione, così da ripristinare l'equilibrio del sinallagma funzionale del contratto, altrimenti inficiato²⁴⁴.

Per effetto della teoria c.d. vincolista, il rapporto tra la c.d. Legge-Ponte e la Legge sul condono si risolveva nel seguente modo: a) la Legge Ponte creava un vincolo d'indissolubilità tra posto auto e costru-

vincolo a parcheggio) a favore di altro figlio, ritenendo di agire con equità e rispettando i desideri e le aspettative dei futuri eredi. La soluzione giurisprudenziale, tuttavia, avrebbe portato a garantire, ai proprietari dell'appartamento, un diritto reale di uso sul garage che, non essendo limitato nel tempo, avrebbe vanificato tutto il lascito a favore del beneficiario. In siffatte ipotesi, ci si sarebbe dovuto domandare se il testamento contenesse disposizioni nulle, se tali disposizioni fossero convalidabili e se il proprietario del garage avesse potuto agire in riduzione per lesione di legittima, considerando che il lascito in suo favore risultava privo di apprezzabilità economica. In tal senso PATTI FILIPPO e STEFANIA, *La disciplina delle aree a parcheggio crolla (finalmente) la artificiosa costruzione creata da una ventennale giurisprudenza*, 1446-1447.

²⁴³ PATTI FILIPPO e STEFANIA, *op. ult. cit.*, 1443.

²⁴⁴ Cass., 27 dicembre, 1994, n. 11188; Cass., Sez. Un., 5 novembre 1996, n. 9631; Cass., 20 ottobre 1997, n. 10248.

zione; b) la Legge sul condono qualificava, sotto il profilo privatistico, il vincolo come vincolo pertinenziale; c) si trattava, tuttavia, di un vincolo pertinenziale non scindibile, dal punto di vista soggettivo, restando influenti gli assetti proprietari del posto a parcheggio.

In conclusione, il bene destinato a parcheggio poteva essere ceduto a chiunque, anche a soggetti estranei al condominio, ma, anche in tale ultima ipotesi, il vincolo pertinenziale restava, perché imposto dalla c.d. Legge Ponte come vincolo di legge, non eliminabile da soggetti privati.

4. La Legge Tognoli

Un ulteriore intervento del legislatore è rappresentato dall'approvazione della legge del 24 marzo 1989, n. 122.

L'art. 2 di detta legge ha, innanzitutto, modificato l'art. 41 *sexies* della l. 17 agosto 1942, n. 1150, nel senso di aumentare la quantità delle aree da destinare a parcheggio delle nuove costruzioni, portando il rapporto tra tali aree e la volumetria del fabbricato ad un metro quadro per ogni dieci metri cubi di costruzione (considerando, quindi, le aree di parcheggio uno standard urbanistico).

Di più importante rilievo giuridico è, senz'altro, l'art. 9, ove prevede che «*i proprietari di immobili possono realizzare nel sottosuolo degli stessi ovvero in locali siti al piano terreno parcheggi da destinarsi a pertinenza delle singole unità immobiliari e ciò anche in deroga agli strumenti urbanistici e ai regolamenti edilizi vigenti*» (comma 1), stabilendo la soggezione di tali interventi - anziché a concessione edilizia - a sola autorizzazione gratuita (comma 2) e richiedendo un *quorum* ridotto per le delibere condominiali necessarie per l'approvazione degli interventi in oggetto (comma 3). In ogni caso, è previsto che i parcheggi, così realizzati, «*non possono essere ceduti separatamente dall'unità immobiliare alla quale sono legati da vincolo pertinenziale. I relativi atti di cessione sono nulli*» (com-

ma 4).

Tale normativa, dettata con riferimento ai soli parcheggi costruiti con le agevolazioni della legge Tognoli, è stata incredibilmente invocata a proprio favore da entrambi gli orientamenti contrapposti.

I fautori della teorica oggettiva, infatti, hanno sostenuto che, se il legislatore del 1989 ha sancito il divieto di circolazione del parcheggio separatamente dall'unità immobiliare di cui questo costituisce pertinenza soltanto con riferimento ai parcheggi costruiti con le agevolazioni previste dalla predetta legge, evidentemente egli ha presupposto che nessun regime vincolistico sussiste per gli altri parcheggi.

I sostenitori della teoria soggettiva, per converso, hanno intravisto nella legge Tognoli la conferma dell'inderogabilità del vincolo soggettivo di destinazione già sancito nella legge ponte.

5. In particolare la circolazione dei parcheggi obbligatori dopo l'entrata in vigore del T.U. dell'edilizia, D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380

L'art. 136, comma 2, lett. f, del detto Testo Unico dell'Edilizia, entrato in vigore il 30 giugno 2003, ha abrogato l'art. 26 della Legge sul condono edilizio, di guisa che, da tale data, dovrebbe ritenersi venuta meno la qualificazione pertinenziale *ex lege* dei c.d. parcheggi obbligatori ed il conseguente assoggettamento degli stessi alla disciplina di cui agli artt. 817 e ss., e 1117 del cod. civ..

Viceversa, la detta abrogazione, non ha comportato particolari mutamenti di pensiero, né in dottrina, né in giurisprudenza, in merito alla disciplina della circolazione giuridica dei parcheggi obbligatori.

6. Con riguardo ai parcheggi realizzati in eccedenza rispetto allo spazio minimo richiesto dall'art. 18 della legge 6 agosto 1967, n. 765: interventi giurisprudenziali in materia

Anche negli ultimi anni il problema in materia della commerciabilità dei parcheggi condominiali è stato oggetto di dispute, nonostante l'evoluzione legislativa, sia giurisprudenziale che dottrinale; in particolar modo col riferimento ai parcheggi che sono realizzati in eccedenza rispetto allo spazio minimo richiesto dalla legge (art. 18 della legge 6 agosto 1967, n. 765) è stato sostenuto dalla Suprema Corte che non sono soggetti a vincolo pertinenziale a favore delle unità immobiliari del fabbricato; conseguentemente, l'originario proprietario-costruttore del fabbricato può legittimamente riservarsi, o cedere a terzi, la proprietà di tali parcheggi, fermo restando il rispetto del vincolo di destinazione nascente da atto d'obbligo.

«Per evidenziare compiutamente il contrasto», e fare chiarezza in merito «è opportuno esaminare brevemente le tre sentenze²⁴⁵ considerate nell'ordinanza di remissione, evidenziando i principi di diritto elaborati, per poi contestualizzare il tutto nel più ampio scenario dell'evoluzione legislativa, giurisprudenziale e dottrinale in materia di parcheggi condominiali. Materia emblematicamente diventata (come altre) centro di convergenza di tensione molteplici: tra varie norme (non sempre chiare e rapidamente sostituite), tra norma e fatto, tra pluralismo delle interpretazioni e stabilità delle decisioni, tra affermazione di valori e attese sociali»²⁴⁶.

²⁴⁵ Cass. 1 agosto 2001, n. 10459; Cass. 21 febbraio 1996, n. 1327 e Cass. 9 novembre 2001 n. 13857

²⁴⁶ Cass. civ., Sez. Un., 15 giugno 2005, n. 12793, in *Corr. giur.*, 10, 2005, 1398

Con la sentenza 1 agosto 2001, n. 10459, relativa a controversia nella quale si discuteva della validità della vendita a terzi di area vincolata a parcheggio, ancorché superiore rispetto a quella prescritta dalla legge, la Corte ha affermato che, «*una volta accertato che con l'atto d'obbligo verso il Comune la società costruttrice si è impegnata a riservare a parcheggio condominiale, con espresso e specifico riferimento all'art. 18 della legge 765/1976, l'intero piano seminterrato e che ciò è stato quindi trasfuso e recepito nella successiva concessione edilizia, tutta l'area dove considerarsi soggetta a vincolo pubblicistico di destinazione e a vincolo pertinenziale a favore delle unità immobiliari del fabbricato, a nulla rilevando l'eventuale eccedenza di essa rispetto a quella risultante dal rapporto area-cubatura di cui alla citata norma, tanto più che tale rapporto dove considerarsi immodificabile solo nel minimo*»²⁴⁷.

Di diverso segno è la sentenza 21 febbraio 1996 n. 1327, emessa in una controversia promossa dall'amministratore di un condominio nei confronti del costruttore dello stabile a seguito dalla vendita a terzi di un'area avente funzione di parcheggio e svincolo per le manovre delle autovetture: area della quale l'amministratore aveva rivendicato la proprietà comune, chiedendo la nullità o inefficacia del contratto di vendita. «*Ha ritenuto, infatti, la Corte che il vincolo pertinenziale dell'area da destinare a parcheggio e il fabbricato si costituisce ex lege solo nei limiti della superficie vincolata obbligatoriamente in ossequio al disposto della legge 765/1967*»²⁴⁸.

In linea con tale decisione, la sentenza 9 novembre 2001 n. 13857, emessa in una controversia vertente sulla validità di una clausola di riserva a favore della società costruttrice del diritto d'uso dell'area sottostante il fabbricato, «*ha ritenuto che ove l'area destinata a parcheggio risulti d'estensione superiore alla misura d'uso spettante ex lege ai condomini, l'accertamento della proprietà non può avere ad oggetto l'intera area*

²⁴⁷ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 15 giugno 2005, n. 12793, in *Corr. giur.*, 10, 2005, 1398

²⁴⁸ Cass. civ., Sez. Un., 15 giugno 2005, n. 12793, in *Corr. giur.*, 10, 2005, 1398

ma solo quella parte di essa sulla quale può riconoscersi insistere il vincolo di destinazione secondo i parametri dettati dalla disciplina normativa applicabile in relazione all'epoca della edificazione. Pertanto, il proprietario originario del fabbricato può legittimamente riservarsi, o cedere a terzi, la proprietà delle aree destinate a parcheggio che eccedano la misura minima legale»²⁴⁹.

Nella decisione citata la Suprema Corte ha, così, concluso: «il concetto di “pertinenza ex lege” (c.d. pertinenza urbanistica) riguarda esclusivamente lo spazio standard di parcheggio stabilito dalla legge, ma non anche quello eccedente tale misura, in ordine al quale è configurabile soltanto una “pertinenza volontaria”, in base all’art. 817 c.c.. Nel senso, che, mentre il rapporto pertinenziale “ex lege” che si costituisce tra il fabbricato e l’area da destinare a parcheggio (con diritto d’uso da parte dei proprietari o occupanti le singole unità immobiliari) trova la sua fonte nella norma imperativa che determina ed impone l’esistenza dell’inderogabile vincolo pubblicistico di servizio con il fabbricato, l’eventuale rapporto pertinenziale che può sorgere tra lo stesso fabbricato e la superficie eccedente quella vincolata è geneticamente collegato esclusivamente ai modi ordinari con cui esso si costituisce, secondo, cioè, la effettiva destinazione della cosa e secondo la volontà del proprietario. La norma che pone “limiti legali alla proprietà” non consente applicazione analogica, sia essa dettata da ragioni di interesse generale a carattere pubblicistico, ovvero da esigenze sociali di contemperare gli interessi di ciascun proprietario con quelli degli altri, onde non è configurabile la costituzione ovvero l’estensione di limitazioni del diritto di proprietà oltre i casi tassativamente previsti dalla legge. Il vincolo di destinazione a parcheggio di un’area, in virtù di atto d’obbligo, essendo di natura convenzionale, può essere modificato dalle parti e non richiede che tale area sia predeterminata nella sua estensione, stante il principio di autonomia. Il vincolo di destinazione per legge di un’area a parcheggio, es-

²⁴⁹ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 15 giugno 2005, n. 12793, in *Corr. giur.*, 10, 2005, 1398

sendo di natura inderogabile, non può essere modificato dalle parti e richiede che tale area sia predeterminata nella sua estensione, in base a criteri di certezza e indisponibilità dell'imposizione, onde è giusto, anche ai fini della libera circolazione dei beni e dell'iniziativa economica, che tale vincolo sia stabilito nel minimo»²⁵⁰.

Un ultimo argomento è poi offerto, ad avviso della Corte, dal D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, recante il T.U. delle disposizioni in materia edilizia, come modificato e integrato dal decreto legislativo 27.12.2002, n. 301. L'art. 137 del suddetto T.U. prevede che all'articolo 9 della legge 24 marzo 1989, n. 122, il comma 2 è sostituito del seguente: «*L'esecuzione delle opere e degli interventi previsti dal comma 1 è soggetta a denuncia di inizio di attività*».

Gli effetti di questa modifica si mostrano particolarmente significativi, avendo disposto che, oggi, il titolo abilitativo alla realizzazione del posto auto è costituito « non più dall'autorizzazione bensì dalla denuncia di inizio di attività. Non si ha più un provvedimento, come quello dell'autorizzazione, con allegato atto d'obbligo da cui poter desumere i riferimenti inerenti al parcheggio. Il contrasto giurisprudenziale, pertanto, va risolto affermandosi che i parcheggi realizzati in eccedenza rispetto allo spazio minimo richiesto dalla legge (art. 18 legge 6.8.1967, n. 765), non sono soggetti a vincolo pertinenziale a favore delle unità immobiliari del fabbricato, conseguentemente l'originario proprietario-costruttore del fabbricato può legittimamente riservarsi, o cedere a terzi, la proprietà di tali parcheggi, nel rispetto del vincolo di destinazione nascente da atto d'obbligo»²⁵¹.

7. La circolazione dei parcheggi obbligatori dopo l'entrata in vigore della Legge 28 novembre 2005, n. 246

²⁵⁰ Cass. civ., Sez. Un., 15 giugno 2005, n. 12793, in *Corr. giur.*, 10, 2005, 1398

²⁵¹ Cass. civ., Sez. Un., 15 giugno 2005, n. 12793, in *Corr. giur.*, 10, 2005, 1398

I parcheggi c.d. obbligatori (o parcheggi Ponte), tali perché la legge urbanistica ne impone obbligatoriamente la creazione unitamente alla costruzione, sono, come già visto, previsti e disciplinati dall'art. 41 *sexies*, comma 1, legge 17 agosto 1942 n. 1150²⁵², e sono stati, da ultimo, oggetto di un nuovo intervento legislativo.

In particolare, l'art. 12, comma 9, della Legge 28 novembre 2005, n. 246, ha aggiunto all'art. 41 *sexies*, comma 1, della Legge, un secondo comma, del seguente tenore letterale «*Gli spazi per parcheggi realizzati in forza del primo comma non sono gravati da vincoli pertinenziali di sorta né da diritti d'uso a favore dei proprietari di altre unità immobiliari e sono trasferibili autonomamente da esse*».

La formulazione letterale della disposizione evidenzia l'intento del legislatore di agevolare la circolazione dei c.d. parcheggi obbligatori, eliminando qualunque collegamento tra posto auto e costruzione principale, e consentendo che gli spazi a parcheggio, comunque realizzati, siano suscettibili di una regolamentazione autonoma rispetto alla costruzione alla quale accedono.

Il legislatore, quindi, ha previsto che le aree obbligatorie a parcheggio a) non costituiscono pertinenza di alcun bene²⁵³; b) non sono gravate né da vincoli pubblicistici né da diritti d'uso privatistici diretti a garantire l'utilizzazione esclusivamente a favore dei proprietari e dei titolari di altri diritti personali o reali di godimento degli appartamenti e degli altri locali facenti parte dell'edificio; c) e, soprattutto, sono aree liberamente ed autonomamente alienabili e, più in generale, negoziabili, ad esempio, anche a mezzo

²⁵² Essi nascono strettamente collegati con il provvedimento abilitativo, nel senso che il Comune non rilascia (la concessione) il permesso a costruire se il richiedente non individua contemporaneamente nel progetto assentito questi posti auto.

²⁵³ Si precisa che questo è quanto si ricava dalla lettura della disposizione, ma nulla vieta che le parti, nella loro autonomia negoziale, vincolino questi spazi ad un bene principale, facendo scaturire l'esistenza di un rapporto pertinenziale tra i due beni interessati. L'unica differenza è che questo eventuale vincolo non trova più la sua fonte nella legge.

di contratti di locazione²⁵⁴, rispetto alle unità immobiliari cui accedono.

Insomma, i posti auto sono liberamente commerciabili, senza vincoli di sorta, come se si trattasse del più comune dei beni immobili.

Con un ultimo intervento, in ordine di tempo, la Corte di Cassazione con decisione del 24 febbraio 2006, n. 4264, ha affermato che *«in tema di disciplina legale delle aree destinate a parcheggio, l'art. 12, comma 2, della Legge 28 novembre 2005, n. 246, che ha modificato l'art. 41 sexies della Legge n. 1150 del 1942, in base al quale gli spazi per parcheggio possono essere trasferiti in modo autonomo rispetto alle altre unità immobiliari, trova applicazione soltanto per il futuro, vale a dire per le sole costruzioni non realizzate o per quelle per le quali, al momento della sua entrata in vigore, non erano ancora state stipulate le vendite delle singole unità immobiliari. L'efficacia retroattiva della norma, va esclusa, in quanto, da un lato, non ha natura interpretativa, per mancanza del presupposto necessario a tal fine, costituito dall'incertezza applicativa della disciplina anteriore, e, dall'altro, perché le leggi che modificano il modo di acquisto dei diritti reali o il contenuto degli stessi, non incidono sulle situazioni maturate prima della loro entrata in vigore»*.

La Suprema Corte, quindi, sembra avere fatto riferimento, al fine di individuare la portata applicativa della norma, non al criterio del momento in cui viene posto in essere il negozio, ma a quello del momento di realizzazione dei parcheggi.

In altri termini, secondo la Corte di Cassazione la nuova disciplina si applica solo ai parcheggi realizzati²⁵⁵ dopo l'entrata in vigore della legge,

²⁵⁴ LUMINOSO, *Parcheggi obbligatori: cadono le limitazioni alla libera trasferibilità*, op. cit., 686-687. In altri termini, nella prima parte della norma viene negata l'insorgenza di qualsiasi diritto reale di utilizzo dei posti auto, prima creato e riconosciuto dalla Corte di Cassazione; nella seconda parte, si afferma in positivo, quello che subito prima si è esplicitato in termini negativi e, cioè, che i posti auto sono liberamente commerciabili.

²⁵⁵ Si chiede se l'espressione «costruzioni non realizzate» si riferisca solo alle costruzioni non ancora edificate all'entrata in vigore della legge, essendo irrilevante la circostanza che si trattasse di un edificio da edificarsi in base ad un provvedimento abilitativo anteriore o successivo a quel momento; oppure anche alle costruzioni, la cui edificazione deve

o tutt'al più se realizzati prima, se facenti parte di un edificio in ordine al quale il costruttore non abbia posto in essere ancora alcun atto dispositivo relativo alle unità immobiliari dello stabile.

Quindi, se si tratta di parcheggi realizzati precedentemente all'entrata in vigore della legge, e vi sia stata da parte del costruttore una vendita anche di una delle singole unità abitative, allora si applicherà la disciplina precedente, con la conseguenza che, in caso di alienazione separata dell'unità abitativa rispetto al parcheggio, si costituirà automaticamente il diritto di uso a favore del proprietario dell'unità abitativa a cui lo spazio adibito a parcheggio accedeva.

8. Le novità del decreto semplifica Italia e del decreto del fare: anni 2012 – 2013.

L'art. 10 del D.L. n. 5/2012 – convertito in legge 35 del 2012, è intervenuto sulla disciplina della legge n. 122/1989 ed ha stabilito la libera trasferibilità del posto auto o il box realizzati nel pianterreno o nel sottosuolo dello stabile, purchè a servizio di un altro appartamento dello stesso Comune, rendendo quindi sostanzialmente superata la qualificazione in termini di pertinenza della relazione tra l'immobile e il posto auto posto al piano terreno o sottostante il fabbricato nell'ambi-

avvenire in forza di un provvedimento abilitativo da rilasciarsi a seguito dell'entrata in vigore della legge.

In altri termini, a seguito della entrata in vigore della legge n. 246\2005, si chiede se l'art. 12, comma 9 della stessa, debba trovare applicazione unicamente in relazione agli edifici costruiti sulla base di provvedimento abilitativi successivo alla sua entrata in vigore, cioè al 16 dicembre 2006. Si può ragionevolmente ritenere, infatti, che il loro regime di circolazione giuridica, sia legato al rilascio del titolo abilitativo, la data della cui emanazione diverrebbe, pertanto, determinante per individuare la disciplina privatistica da applicare. La dottrina, tuttavia, in maniera conforme alla Cassazione, ha sostenuto la tesi negativa. In tal senso LUMINOSO, *Parcheggi obbligatori: cadono le limitazioni alla libera trasferibilità*, cit., 696.

to del quale era stato realizzato.

A tale modifica di rilevante effetto pratico, è succeduta una ulteriore innovazione nella legge n. 122/1989 con il d.l. 21 giugno 2013, n. 69, conv. in legge 9 agosto 2013, n. 90 che ne ha esteso l'ambito di applicazione ai trasferimenti del solo vincolo pertinenziale: di fatto si viene così a consentire il trasferimento indipendentemente dalla circolazione dell'immobile e anche del posto auto, a beneficio in sostanza del proprietario di più unità immobiliari che intenda trasferire la pertinenza da un immobile all'altro.

*Finito di stampare nel mese di dicembre 2015
presso "De Frede Editore"
Via Mezzocannone, 69 Napoli*

