

TOMASO GALLETTO

Avvocato in Genova

PROPRIETÀ IMMOBILIARE URBANA

BIBLIOGRAFIA : AA.VV., *La casa di abitazione tra normativa Vigente e prospettive. Quarant'anni di legislazione, dottrina, esperienze notarili e giurisprudenza*, Milano, 1986; ALBANO, «Distanze tra costruzioni», in *NN.D.I.*, V, Torino, 1960,1135; ALBANO, *Le limitazioni legali della proprietà*, in *Tratt. Rescigno*, VII, Torino, 1982, 571; ALPA e BESSONE, *Il privato e l'espropriazione*, I, *Principi di diritto sostanziale e criteri di indennizzo*, Milano, 1980, ID., *Poteri dei privati e statuto della proprietà*, I, *Oggetti situazioni soggettive, conformazione dei diritti*, Padova, 1980; *Il, Storia, funzione sociale, pubblici interventi*, Padova, 1980; *III, La nuova disciplina della proprietà edilizia ed urbanistica*, Padova, 1982; ALPA, *Proprietà edilizia*, in ALPA, *Compendio di diritto privato*, Torino, 1980; ALPA-PULITINI-RODOTÀ e ROMANI, *interpretazione giuridica e analisi economica*, Milano, 1982; ALPA, *Questioni relative alla nozione di nullità nella legge di condono edilizio*, RGE, 1986, II, 89; ID., *Funzione sociale della proprietà e potere di destinazione dei beni*, in *Quad. reg.*, 1988, 37; AMORINO, *Cinquant'anni di leggi urbanistiche (1942-1992): spunti preliminari ad una riflessione*, RGE, 1993, II, 93; ASSINI (cur.), *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 1991; BALDASSARRE, «Proprietà, I, *Diritto costituzionale*», in *Enc. Giur.*, XKV Roma, 1992; BASILE, *Regime condominiale ed esigenze abitative. Contributo alla revisione del condominio degli edifici*, Milano, 1979; BARASSI, *La proprietà nel nuovo codice*, Milano, 1941; ID., *I diritti nel nuovo codice civile*, Milano, 1943; BARUCCI, *Jus aedificandi e proprietà dei suoli*, Torino, 1976; BASILE e ASSINI, *La proprietà fondiaria ed il diritto di accesso alla natura*, GiC, 1976, I, 697; BERNINI, *il riconoscimento dell'occupazione appropriativa*, FI, 1992, I, 1074; BERNARDINI, *Contenuto della proprietà edilizia. Prospettive e problemi*, Bologna, 1982, 2° ed. Milano, 1988; ID., *La prelazione urbana tra diritto comune e leggi speciali*, Padova, 1988; ID., *Concessione edilizia (pubblico e privato nella)*, CeI, 1994,1303; BIGLIAZZI GERI, *Evoluzione ed involuzione del diritto di proprietà*, in AA.VV., *La civilistica italiana*

dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative, Padova, 1991, 507; BRANCA. *Distanze legali, domanda giudiziale e trascrizione*, FI, 1979, I, 780; BRECCIA, *I quarant'anni del libro della proprietà*, RCDP, 1983, 337; BUONOCORE, *Il leasing immobiliare*, RN, 1984, I, 1 ss.; CAIANIELLO, *L'occupazione d'urgenza*, IA, 1977, 396; CAMERIERI, *Responsabilità per danni da immissioni e da inquinamenti*, in ALPA e BESSONE (cur.), *La responsabilità civile*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1987; CANDIAN, *L'installazione abusiva di opera pubblica su fondo privato e rimedi offerti al proprietario*, RCP, 1987, 468; ID., *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1990; ID., *Conseguenze civilistiche del vincolo urbanistico di destinazione afferente i parcheggi: giurisprudenza e legislazione a confronto*, Q, 1990, 103; CANDIAN e GAMBARO, *Le convenzioni urbanistiche*, Milano, 1992; CANDIAN, *Pubblico e privato nella conformazione della proprietà immobiliare: Appunti di diritto comparato*, RTDPC, 1993, 177; CARATFA, *Le sezioni unite della corte di cassazione ridefiniscono l'ambito di operatività dell'istituto dell'occupazione appropriati va*, GC, 1990, I, 697; ID., *La risarcibilità del danno derivante da occupazione appropriativa in materia di edilizia residenziale pubblica*, RCP, 1992, 355; CARPINO, «Prelazione e riscatto, II, Immobili urbani», in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990; CARULLO (cur.), *Commentario della legislazione sul condono edilizio*, NGCC, 1985, 1132; R. CASO, *Sezioni unite e indennità di occupazione legittima: qual è il prezzo del possesso (dei fondi privati)*, FI, 1992, I, 3347; CATAUDELLA, *Nullità formali e nullità sostanziali nella normativa sul condono edilizio*, 9, 1986, 487; CAVANNA, *Le associazioni con struttura atipica*, NGCC, 1994, II, 8 Ss.; CLARIZIA, *Causa di finanziamento e lease-back a proposito dell'ultima Cassazione e della prima commissione tributaria*, in *Riv. It. leasing*, 1991,3; G. CECCHERINI, *Il c.d. trasferimento di cubatura*, Milano, 1985; ID., *Funzione ed efficacia della cessione di cubatura*, GC, 1990, II, 103; CERULLI IRELLI, *Jus aedificandi*, in IRTI (cur.), *Dizionario del diritto privato, I, Diritto civile*, Milano, 1980, 491; ID., *Urbanistica*, in GUARINO (cur.), *Dizionario di diritto amministrativo, I!*, Milano, 1983,1681; lv., *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, RTDP, 1985, 441; COMPORTI, *L'occupazione illegittima di immobili da parte della p.a fra disciplina della proprietà e quella dell'illecito*, GI, 1980, IV353, che si legge anche in RGE, 1981, II, 117; ID., *Ideologia e norme nel diritto di proprietà*, RDC, 1984,1,324; ID., *Dalla occupazione illegittimo di immobili da parte della p. a. alla occupazione appropriativa*, RGE, 1985, II, 3; CONFORTINI, *Vincoli di destinazione*, in IRTI, *Dizionario del diritto privato, I, Diritto civile*, Milano, 1980, 889; CORONA, *Il super-condominio - condominio negli edifici, complessi immobiliari ed edifici complessi*, Milano, 1985; ID., *Riflessioni in tema di super-condominio*, in *Riv. giur. sarda*, 1993, II, 493; CORREALE, *Urbanistica iniziativa economica, proprietà privata e poteri dell'autorità*, Padova, 1984; COSTANTINO, *Profili fondamentali della proprietà privata*, in *Studi senesi*, 1971; ID. (cur.), *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano, 1978; ID., *La proprietà in generale*, in *Tratt. Rescigno*, VII, Torino, 1982, 217; ID., «Proprietà, II, Profili generali, diritto civile», in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991; ID., *Trasformazione*

irreversibile della proprietà di un terreno: quasi contratto e responsabilità, 17, 1992, 1, 2794; CUTRERA, *Connessione edilizia e pianificazione urbanistica*, Milano, 1977; G. D'ANGELO, *Rapporti di vicinato tra immobili ricadenti in due comuni contigui*, RGE, 1984, i, 66; ID., *L'art. 84 c.c. e il diritto alla salute*, in BUSNELLI E BRECCIA (cur.), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, 414; DE MARCO, *Indennità di occupazione e di espropriazione*, FA, 1991, 299; DE MARTINO, *Della proprietà*, in *Comm. Scialoja-Branca*, in DE MARTINO-RESTA-PUGLIESE, *Della proprietà*, artt. 810-956, Bologna-Roma, 1946; I^a ed., Bologna-Roma, 1976; Di MAIO e FRANCARIO, «Proprietà edilizia», in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 338; ID., *Proprietà e autonomia contrattuale*, Milano, 1990; DE NOVA, «Leasing», in *Digesto/civ.*, X, Torino, 1993, 490 ss.; DOGLIOTTI, *Verso un nuovo condominio?*, GI, 1993, IV, 551; ID., *Il condominio*, in *Giur. sist Bigiavi*, Torino, 1991, 11 ss.; DONISI, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, Napoli, 1986; FURGIUELE, *Contributo allo studio della struttura delle prelazioni legali*, Milano, 1984; FUSARO e GALLETTO, *Tutela aquiliana della proprietà edilizia*, in ALPA e BESSONE (cur.), *op. cit.*; FUSARO, *Le distanze nelle costruzioni*, NGCC, 1986, II, 165 e 237; ID., *Vincoli temporanei di destinazione e pubblicità immobiliare*, *Cel*, 1993, 815; G. GABRIELLI, *Considerazioni sulla natura del leasing immobiliare e loro riflessi in tema di pubblicità e di responsabilità civile*, RDC, 1984, II; GALGANO, *Immagini della proprietà*, RTPC, 1982, 812; ID., *Autodisciplina urbanistica*, *Cel*, 1985, 573; GALLETTO, «Distanze tra costruzioni», in *Digesto/civ.*, VII, Torino, 1990, 452; GAMBA, *Sulla destinazione d'uso degli immobili e sul suo mutamento senza opere*, in *Riv. Giur. urb.*, 1991, 559; GAMBARO, *Jus aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, Milano, 1975; ID., *Proprietà privata e disciplina urbanistica*, Bologna, 1977; ID., *In tema di deroghe convenzionali alla disciplina urbanistica*, GI, 1977, IV, 81; ID., *Della proprietà edilizia*, in *Tratt. Rescigno*, VII, Torino, 1982, 484; ID., *La proprietà*, i, *I beni*, in *Trattato di diritto civile*, dir. da Iudica e Zatti, Milano, 1990; ID., *L'occupazione acquisitiva e i dialoghi tra i formanti*, FI, 1993, V, 389; ID., *Il libro della proprietà*, in *I cinquant'anni del codice civile*, *Atti del Convegno di Milano* 4/6 giugno 1991, I, Milano, 1993, 173; ID., *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, Milano, 1995; GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, PD, 1971, 445; ID., *Diritto amministrativo*, Milano, 1970; GIOVE, *La prelazione del conduttore di immobili urbani*, NGCC, 1991, II, 183; GIRINO, *Il condominio: riflessioni generali de iure condendo*, RN, 1988, I, 579; IANNELLI, *Disciplina delle distanze e interessi degli abitanti: funzione della tutela privata alla luce della l. 28 gennaio 1977, n. 10*, in COSTANTINO (cur.), *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano, 1978, 607; IANNELLI, *Sulla tutela delle immissioni industriali e sulla non operatività dell'art. 844 c. c.*, *Rass. DC* 1984, 380; G. LENER, *Immissioni intollerabili e azione inibitoria ex art. 884 c.c.: natura, legittimazione atti e rapporti con l'actio negatoria. La tutela del promissario acquirente nel preliminare c.d. ad effetti anticipati*, FI, 1994, I, 205; LIBERTINI, *I trasferimenti di cubatura*, in *Il contratto. Silloge*, in onore di Giorgio Oppo, I, Padova, 1992, 669; G. LOMBARDI, *Espropriazione dei suoli urbani e criterio del due process of law*, *GiC*, 1980,

I, 481; LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, RDC, 1990, I, 240; MATTEI, «Immissioni», in *Digesto/civ.*, IX, Torino, 1993, 311; ID., *La proprietà Immobiliare*, Torino, 1993; MAZZARELLI, *Le convenzioni urbanistiche*, Bologna, 1979; ID., «Concessione e autorizzazione edilizia», in *Digesto/pubbl.*, 11, Torino, 1987, 272; P. MAZZONI, *La proprietà procedimento. Pianificazione del territorio e disciplina della proprietà*, Milano, 1975; MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*², Milano, 1986; ID., *Compravendita immobiliare e normativa urbanistica*, Milano, 1990; NATOLI, *La proprietà, Appunti dalle lezioni*, Milano, 1965; 2^a ed., Milano, 1976; ID., *Orientamenti della Corte costituzionale in ordine alle garanzie della proprietà privata ex art 42 costituzione*, RTPC, 1969, 1678; PALADIN, *il diritto e la funzione della proprietà fondiaria nell'Italia di oggi: le premesse costituzionali*, Q 1988,9; POTOTSCHNIG, *Pianificazione del territorio jus aedificandi*, in *Riv. giur. urb.*, 1987, 329; PREDIERI-BRUNETTI-MORBIDELLI e BARTOLI, *La riforma della casa*, Milano, 1971; PREDIERI, *La legge 28 gennaio 1977, n. 10, sulla edificabilità dei suoli*, Milano, 1977; PREDIERI (cur.), *Abusivismo edilizia: condono e nuove sanzioni*, Roma, 1985; PUGLIATTI, *La proprietà del nuovo diritto*, Milano, rist. 1964; ID., *La definizione della proprietà nel nuovo codice civile*, in *Codice civile, Commentario*, dir. da D'AMELIO, 121, ora in *La proprietà del nuovo diritto*, 121; SACCO, *Il sistema delle fonti e il diritto di proprietà*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, VI, Napoli, 1972, 269; SALVESTRONI, *Incommerciabilità di beni e autonomia negozia/e*, Padova, 1989; SALVI, *Le immissioni industriali, Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, Milano, 1979; ID., *La proprietà fondiaria, disposizioni generali*, in *Tratt. Rescigno*, VII, Torino, 1982, 363; ID., *Aspettativa edificatoria e risarcimento del danno*, FI, 1983, V, 221; SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà artt. 832-833*, in *Il codice civile, Commentario*, dir. da P. Schlesinger, Milano, 1994; SALVIA e TERESI, *Diritto urbanistico*, Padova, 1986; A. M. SANDULLI, *I limiti della proprietà nella giurisprudenza costituzionale*, GiC, 1971, 964; ID., *Profili costituzionali della proprietà privata*, RTPC, 1972, 474; ID., *Ancora sull'indennizzabilità dei vincoli urbanistici*, RGE, 1990, I, 196; SANTANIELLO, «Espropriazione, forme anomale», in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 899; SANTORO PASSARELLI, *Proprietà privata e costituzionale*, RTPC, 1972,955; SANTORO PASSARELLI (cur.), *Proprietà e funzione sociale (seminario di studi)*, Padova, 1976; SCALISI, *Immissioni di rumore e tutela della salute*, RDC, 1982,1,139; SCHLESINGER (cur.), *Commento alla legge 28 gennaio 1977, n. 10*, NLCC, 1978, 1, 18; SCOZZAFAVA, *Aspetti problematici del concetto di proprietà costituzionale*, RDC, 1992, 766; SELVAROLO, *Il negozio di cessione di cubatura*, Napoli, 1989; SORACE, *Espropriazione della proprietà e misura dell'indennizzo*, Milano, 1974; ID., «Espropriazione per p.u.», in *Digesto/pubbl.*, VI, Torino, 1991, 194; STELLA RICHTER, *Proprietà immobiliare e pianificazione urbanistica*, in *Riv. giur. urb.*, 1991, 570; TABELT - OTTOLENGHI - SCALITI, *La proprietà*², in *Giur. sist Bigiavi*, Torino, 1981; TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà. Lezioni introduttive*, Genova, 1973; TENELLA SILLANI, *I limiti verticali della proprietà fondiaria*, Milano, 1994; TENORE, *Ambito*

applicativo dell'accessione invertito in tema di opere di edilizia residenziale pubblica realizzate da privati, GC, 1993, II, 453; TONDO, *Trasferimenti d'unità edilizie abusive*, RN 1981, 102; ID., *Configurazione della prelazione urbana*, RN, 1981, 14; TORREGROSSA, *Statuto della proprietà edilizia e Jus aedificandi*, RDC, 1987, I, 141, con postilla di Rescigno; TRAVI, *Asservimenti di aree a edifici e trasferimenti di volumetria nella giurisprudenza più recente*, RGE, 1989, 234; ID., *Poteri del giudice ordinario a garanzia del diritto di proprietà nelle occupazioni senza titolo dalla p.a. dopo la l. 27 ottobre 1988, n. 458*, in Studi Nigro, Milano, 1991, 111, 681; TRIOLA, *Domanda diretta ad ottenere il rispetto della distanza legale e trascrizione*, in Giur. agr. it., 1986, 620; Tucci, *Giudice civile e affievolimento del diritto soggettivo*, Milano, 1991; VALCAVI, *Intorno al divieto di patto commissorio, alla vendita simulata a scopo di garanzia ed al negozio fiduciario*, FI, 1990, 1, 205; VIGNALE, *L'assetto attuale dell'espropriazione per p. u.*, Napoli, 1991; ID., *L'espropriazione per pubblica utilità e le ultime leggi di modifica*, Napoli, 1994; VINCENTI, *La comunione residenziale*, Padova, 1995; VISINTINI, *Il divieto di immissioni e del diritto alla salute nella giurisprudenza odierna e nei rapporti con le recenti leggi ecologiche*, in Riv. civ., 1980, II, 262.

LEGISLAZIONE: artt. 42 e 47 Cost.; artt. 832-834; 839-840; 844; 869-873; 949; 952-956 c.c.; r.d. 25.7.1904, n. 523; t.u. delle disposizioni di legge intorno alle opere idrauliche delle diverse categorie; r.d. 8.12.1933, n. 1740; t.u. di norme per la tutela delle strade e per la circolazione; r.d. 11.12.1933, n. 1755; t.u. delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici; r.d. 27.7.1934, n. 1265 (approvazione del t.u. delle leggi sanitarie); r.d. 30.3.1942, n. 327 c. nav.; l. urb. 17.8.1942, n. 1150; l. 25.11.1962, n. 1684 (provvedimenti per l'edilizia, con particolari prescrizioni per le zone sismiche); l. 6.8.1967, n. 1150; d.m. 1.4.1968, n. 1404 (Ministro per i Lavori Pubblici, di concerto con i Ministri per i trasporti e per l'interno); limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza fra i fabbricati e rapporti massimi tra spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi e spazi pubblici da osservare ai fini della formazione dei nuovi strumenti urbanistici o della revisione di quelli esistenti, ai sensi dell'art. 17 della l. 6.8.1967, n. 765; d.m. 2.4.1968, n. 1444 (Ministro per i Lavori Pubblici di concerto con il Ministro per l'interno); limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza fra i fabbricati e rapporti massimi tra spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi e spazi pubblici o riservati alle attività collettive, al verde pubblico a parcheggi da osservare ai fini della formazione dei nuovi strumenti urbanistici o della revisione di quelli esistenti, ai sensi dell'art. 17 della l. 6.8.1967, n. 765; d.p.r. 18.2.1971, n. 18; modifica e aggiornamento di disposizioni legislative in materia doganale, in attuazione della delega conferita al Governo con l. 23.1.1968, n. 29; l. 1.6.1971, n. 291; provvedimenti per l'accelerazione di procedure in materia di opere pubbliche e in materia urbanistica e per la incentivazione dell'attività edilizia, l. 22.10.1971, n. 865 programmi e coordinamento nell'edilizia pubblica; norme sull'espropriazione per pubblica utilità, modifiche ed integrazioni alle ll. 17.8.1948, n. 1150; 18.4.1962, n. 167; 29.9.1964, n.

847 ed autorizzazione di spesa per interventi straordinari nel Settore dell'edilizia residenziale, agevolata e convenzionata; 1. 28.1.1977, n. 10 (norme per la edificabilità dei suoli); 1. 3.1.1978, n. 1 (accelerazione delle procedure per la esecuzione di opere pubbliche e di impianti e costruzioni industriali); 1. 5.8.1978, n. 457 (norme per l'edilizia residenziale); d.p.r. 11.7.1980, n. 753 nuove norme in materia di polizia, sicurezza e regolarità dell'esercizio delle ferrovie e di altri servizi di trasporto); 1. 28.2.1985, n. 47 (norme in materia di controllo dell'attività urbanistico-edilizia sanzioni recupero e sanatoria delle opere edilizie); (con le modifiche apportate dal d.l. 23.4.1985, n. 146 convertito con ulteriori modificazioni in 1. 21.6.1985, n. 298 e dal d.l. 20.11.1985, n. 656, convertito in 1. 24.12.1985, n. 780); 1. 8.8.1985, n. 312, recante disposizioni urgenti per la tutela delle zone di particolare interesse ambientale; 1. 17.2.1992, n. 179 (norme per l'edilizia residenziale pubblica); art. 5 bis d.l. 11.7.1992, n.333, convertito, con modificazioni, dalla 1. 8.8.1992, n. 359; art. 1, 65° Co., 1. 28.12.1995, n. 549.

Sommario: 1. Premessa. - 2. La nozione di bene immobile «urbano». - 3. Il regime giuridico degli immobili urbani. Eterogeneità delle fonti normative. - 4. Riferimento ai profili costituzionali. - 5. *Jus aedificandi* e statuto della proprietà immobiliare urbana. - 6. L'espropriazione; l'occupazione appropriativa, l'espropriazione cosiddetta «larvata» e il tentativo del legislatore di ricondurre tali fenomeni nell'ambito espropriativo. - 7. La destinazione d'uso. - 8. I limiti legali alla proprietà immobiliare urbana: le distanze tra costruzioni e le zone di rispetto. - 9. I limiti convenzionali; la cosiddetta cessione di cubatura. - 10. Cenni sulle forme tradizionali di appartenenza e di godimento della proprietà immobiliare urbana: il condominio, il super-condominio, il consorzio tra proprietari; il leasing immobiliare; la locazione. - 11. La circolazione degli immobili urbani e la prelazione urbana. - 12. Gli atti traslativi di immobili urbani e le nullità urbanistiche. - 13. Nuovi modelli di proprietà immobiliare urbana: la proprietà superficiaria nell'edilizia residenziale pubblica e i posti auto nella disciplina codicistica e nella legislazione speciale. - 14. Cenni sulla tutela della proprietà immobiliare urbana con riferimento al problema delle immissioni atmosferiche ed acustiche.

1. Premessa.

La vastità della materia oggetto di una indagine sulla proprietà immobiliare impone in via preliminare l'individuazione di un percorso che, dipartendosi dalle fonti normative si snodi toccando le più rilevanti questioni che le ragioni dell'economia, prima ancora di quelle dello stretto diritto, pongono all'interprete del fenomeno indagato.

La scelta di tale percorso è in qualche misura condizionata dall'esperienza e dalla sensibilità dell'autore dell'indagine, ed è conseguentemente scelta personale che - in qualche suo aspetto - può apparire arbitraria.

Essa è peraltro frutto di una riflessione sulle finalità del presente lavoro, dalla quale è scaturito il convincimento della opportunità di offrire un panorama sintetico dei più rilevanti aspetti attuali della proprietà immobiliare, senza pretese di rassegnare soluzioni dogmatiche e con l'intento di (cercare di) stimolare nel lettore il necessario approfondimento nelle pertinenti voci di questa *Opera*, ovvero nelle monografie e nei lavori via via citati.

È del resto opinione diffusa tra gli studiosi che il concetto di proprietà non sia suscettibile di una nozione unitaria, ma si frammenti in una serie di «statuti» propri dei beni oggetto di quel diritto; ecco allora l'opportunità di compiere un'indagine sui singoli profili in cui si scompone lo «statuto» della proprietà immobiliare urbana, cercando un punto di equilibrio tra le teorie generali ed i concreti aspetti della quotidianità.

Nello svolgimento dell'indagine si è ritenuto, nella prospettiva in precedenza enunciata, di introdurre cenni su taluni nuovi modelli di proprietà immobiliare (ad esempio, la proprietà superficiaria nell'edilizia residenziale pubblica) e su contratti comunque relativi a beni immobili (ad esempio, il leasing immobiliare), ed ancora di segnalare quegli aspetti della legislazione speciale che incidono sulla circolazione della proprietà degli immobili (quali la prelazione urbana e la disciplina delle cosiddette nullità urbanistiche).

Il nucleo centrale dell'indagine, peraltro, è saldamente ancorato agli aspetti tradizionali che vengono in considerazione in materia di proprietà immobiliare urbana: si discuterà pertanto sia del contenuto e dei limiti di essa, sia della incidenza della normativa urbanistica, anche con riferimento alla disciplina delle espropriazioni.

Un cenno, infine, sarà fatto anche alla tutela dalle immissioni atmosferiche ed acustiche, che incidono pesantemente sulla fruibilità degli immobili urbani.

2. La nozione di bene immobile «urbano».

Nell'ambito della più vasta categoria delle proprietà immobiliari in senso lato, da intendersi riferita secondo una autorevole opinione - all'appartenenza ed al godimento degli edifici esistenti (e della quale si distingue la proprietà edilizia, riferita ai profili dell'utilizzazione

edificatoria del fondo)¹ - non è agevole enucleare la nozione di «immobile urbano».

I dati normativi individuano quali «immobili urbani» i fabbricati e le costruzioni stabili diversi dai fabbricati rurali, i quali sono a loro volta definiti sia in ragione della loro appartenenza al proprietario del terreno, sia in ragione della loro destinazione funzionale (alla abitazione del coltivatore del fondo; al ricovero del bestiame; alla conservazione e prima manipolazione dei prodotti della terra ovvero alla custodia del materiale utilizzato per la coltivazione)².

La definizione di immobile urbano, contrapposto a quello rurale, peraltro, non è influenzata dalla ubicazione, in quanto se è vero che in via di prima approssimazione tale qualifica è attribuibile ad ogni edificio compreso in un insediamento abitato, deve tuttavia rilevarsi la tendenza della giurisprudenza a privilegiare - ai fini di tale qualificazione - la tesi che sono «urbani» tutti gli immobili non adibiti ad attività agricola o a attività strettamente connesse a quest'ultima³.

Come si vede, sia a livello normativo, sia a livello giurisprudenziale la categoria degli immobili urbani è ricostruita quale categoria residuale, contrapposta agli immobili rurali destinati a sopperire alle varie esigenze dell'agricoltura.

¹ In questo senso GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, Milano, 1995, 242, il quale acutamente osserva che è necessario distinguere tra l'attività di trasformazione del territorio, a cui propriamente deve intendersi riferita la disciplina della proprietà fondiaria, e l'attività di fruizione degli edifici (oltre che, ovviamente, la disciplina della loro appartenenza) alla quale è propria la definizione di proprietà immobiliare. Più in generale, in tema di delimitazione dei confini della proprietà immobiliare urbana, v. M. BERARDINI, *Contenuto delle proprietà edilizie. Prospettive e problemi*, Bologna, 1982; A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, in *Trattato Rescigno*, Torino, VII, I, 1, 1982, 479 ss.; G. ALPA, *Proprietà edilizia*, in *Il compendio del nuovo diritto privato*, Torino, 1985, 330 Ss.; A. DI MAIO - L. FRANCARIO «Proprietà edilizia», in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 338 Ss.

² V. art. 16 del r.d. 8.10.1931, n. 1572.

Per la definizione di immobile urbano v. art. 4 del r.d.l. 13.4.1939, n. 652, convertito con I. 11.8.1939, n. 1249.

Ai fini fiscali per unità immobiliari urbane si intendono i fabbricati e le altre costruzioni stabili o le loro porzioni suscettibili di reddito autonomo (art. 33, d.p.r. 22.12.1986, n. 917), mentre le costruzioni rurali sono individuate in termini sostanzialmente analoghi a quelli in cui al r.d. 8.10.1931, n. 1572 (v. art. 39, d.p.r. 917/1986).

³ In questo senso, con riferimento alla normativa di cui alla l. n. 392 del 27.7.1978 (cosiddetta legge sull'equo canone), v. Cass. civ., 28.1.1984, n. 697, *GI*, 1984, I, 1072.

In ogni caso, fermo restando che la qualificazione di immobile urbano prescinde dalla sua ubicazione entro o fuori la cinta urbana (sul punto v. già Cass. civ., 28.2.1947, n. 288, *FI*, 1948, I, 353), il dato da privilegiare ai fini della qualificazione è la destinazione d'uso del fabbricato.

3. *Il regime giuridico degli immobili urbani Eterogeneità delle fonti normative.*

È stato recentemente affermato, in esito ad una accurata indagine condotta anche sotto il profilo storico ed attenta alla evoluzione dell'ordinamento negli ultimi cinquanta anni, che oggi «appare difficile catturare il volto della proprietà immobiliare», anche in ragione della variabilità - a seconda del momento storico-politico - delle tecniche di intervento legislativo nel settore del governo del territorio, incidenti anche sul regime giuridico degli immobili urbani⁴.

Queste esatte considerazioni consentono di cogliere appieno il profondo legame che unisce la proprietà immobiliare alla materia urbanistica, che modella lo «statuto» della prima nei suoi vari aspetti riferiti sia al potere di disposizione sulla cosa (che non è assoluto, ma conformato: ad esempio, anche la demolizione di un immobile è oggetto di autorizzazione amministrativa) sia alla circolazione giuridica del bene (ad esempio, con la sanzione di nullità dell'atto di trasferimento della proprietà in ipotesi di immobili abusivi, di cui all'art. 17 della l. n. 47 del 25.2.1985). In questa prospettiva è agevole rilevare che la disciplina giuridica degli immobili urbani non si esaurisce nel campo civilistico ma è fortemente connotata (e condizionata) dall'intervento legislativo nel settore urbanistico-edilizio.

D'altra parte occorre osservare che non è estranea alla logica del codice civile la tecnica del rinvio, in materia di proprietà fondiaria (ma specialmente del rinvio in materia di proprietà immobiliare, alla legislazione speciale: in questo senso sono emblematici gli artt. 845, 869 e 872 c.c.).

La legislazione speciale nella materia considerata, che era peraltro già cospicua al momento della realizzazione del codice civile (si pensi alla sostanzialmente coeva legge urbanistica fondamentale n. 1150 del 17.8.1942 ed alle leggi, anteriori al codice, in materia di beni storico-artistici e di paesaggio, rispettivamente l. n. 1089 e 1497 del 1939) e la successiva produzione normativa, per molti aspetti disorganica, e comunque che riguardano direttamente la proprietà immobiliare, hanno disegnato un regime giuridico privo del carattere della sistematicità.

È conseguentemente in larga misura al di fuori del codice civile che si deve rinvenire - con i limiti sopra evidenziati - lo statuto attuale della proprietà immobiliare urbana.

4. *Riferimento ai profili costituzionali.*

La Costituzione non contiene - salvo un accenno all'art. 47 - riferimenti espliciti alla proprietà

⁴ Le considerazioni sinteticamente enunciate nel testo sono mutuare da Gambaro, *op. cit.*, 151 ss.

immobiliare urbana e tuttavia non può negarsi l'influenza di taluni principi costituzionali sulla materia considerata.

Nell'ambito del dibattito - mai sopito - sulla configurazione della proprietà privata nella carta costituzionale emerge un primo aspetto del rilievo che i valori espressi nella Costituzione assumono anche con riferimento alla proprietà immobiliare urbana. Il controllo, sotto il profilo della costituzionalità, delle leggi conformative del diritto di proprietà contribuisce - nella sua pratica applicazione - a definire i limiti della compressione che la proprietà (e specialmente quella immobiliare) può legittimamente subire nella comparazione con gli interessi collettivi che si vogliono perseguire.

La proprietà immobiliare, intesa quale proprietà dell'abitazione primaria, trova menzione all'art. 47 Cost., il cui secondo comma indica quale compito dello Stato quello di favorire l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione. Nella menzionata previsione costituzionale non può leggersi - come avverte la dottrina⁵ - un indirizzo finalizzato comunque a far conseguire a tutti la proprietà della casa e tuttavia non può disconoscersi che la norma assegni valenza costituzionale al diritto ad essere proprietari della casa di abitazione, intesa quale bene destinato a soddisfare esigenze primarie dell'individuo.

Il profilo costituzionale che maggiormente interessa lo statuto della proprietà immobiliare è peraltro quello connesso alla disciplina delle espropriazioni e particolarmente quello - ad oggi non risolto in modo soddisfacente - relativo alla misura dell'indennità dovuta al proprietario espropriato per causa di pubblica utilità, problema correlato alla capacità edificatoria dei fondi urbani ed alla appartenenza ditale utilità.

Attesa la rilevanza che tali tematiche assumono nella disciplina della proprietà immobiliare conviene procedere ad un loro sintetico approfondimento.

5. *Jus aedificandi e statuto della proprietà immobiliare urbana.*

È considerazione ovvia, ma non inutile, rilevare che l'aspetto relativo allo sfruttamento delle capacità edificatorie di un'area (ma anche alla trasformazione urbanistico-edilizia di un immobile esistente) è quello in cui maggiormente si avvertono le limitazioni conformative del diritto di proprietà.

La disciplina del *jus aedificandi* è conseguentemente una componente fondamentale dello statuto della proprietà immobiliare urbana, essendo le capacità edificatorie (o di trasformazione) dell'immobile l'elemento che contribuisce a determinare il valore di scambio del bene.

⁵ D1 MAJO-FRANCARIO, «Proprietà edilizia», cit., 338 ss., spec. 348.

Successivamente alla approvazione della legge n. 10 del 1977, che introduceva l'obbligo della concessione edilizia per legittimare ogni attività comprovante la trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio, si è discusso in ordine alla possibilità che per effetto di tale legge il *jus aedificandi* fosse stato scorporato dal diritto di proprietà per essere attribuito, in via esclusiva, alla pubblica amministrazione.

Anche alla luce del noto intervento della Corte Costituzionale nel 1980 non sembrerebbe potersi porre in dubbio che tale scorporo non abbia avuto luogo⁶ e che conseguentemente il diritto di edificare continua ad inerire alla proprietà immobiliare. Tale constatazione riconduce il problema del *jus aedificandi* al profilo dei limiti che al suo esercizio sono posti dalla normativa urbanistica, anche di natura regolamentare, e dalla legislazione e dagli strumenti di pianificazione in altri settori di interesse collettivo (disciplina dell'ambiente; del paesaggio; delle acque e così via).

Il *jus aedificandi* trova quindi i propri limiti nella disciplina del governo del territorio in senso lato, ma ancora inerisce alla proprietà immobiliare e ne è cori-nota in larga misura lo statuto.

In questa prospettiva occorre domandarsi quale sia la consistenza del *jus aedificandi* e se, ed in quali limiti, la lesione di tale facoltà che si è detto inerire alla proprietà sia risarcibile.

Sul punto, come è noto, è aperto da tempo un dibattito tra dottrina e giurisprudenza, o per meglio dire è in atto un serio tentativo da parte della prima per superare la ormai anacronistica posizione della seconda, ancorata alla qualificazione di interesse legittimo all'aspettativa edificatoria del privato pur conforme alla disciplina urbanistica di riferimento⁷. Gli è che la giurisprudenza non riesce (ancora) ad intravedere ciò che risulta ormai evidente a chi si ponga in un osservatorio capace di superare la visione settoriale dei problemi: come non avvedersi - nell'ambito di una sempre più diffusa integrazione dei sistemi giuridici a livello europeo del dissolvimento dell'anacronistica distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi?

Non mancano, del resto, importanti segnali che consentono di esprimere un cauto ottimismo in ordine all'accoglimento anche in sede giurisdizionale del principio della risarcibilità degli

⁶ GAMBARO, *Il diritto di proprietà, cit.*, 323.

⁷ La posizione critica della dottrina in ordine alla sussistenza di un principio generale di irrisarcibilità degli interessi legittimi è assai risoluta: cfr. *Atti del convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi* (Napoli, 27/29.10.1963, Milano, 1965).

Più recentemente assunse interesse in argomento la tesi secondo la quale la risarcibilità del danno non dipenderebbe in alcun modo dalla previa qualificazione formale della situazione soggettiva *lesa*: cfr. C. SALVI, *Aspettativa edificatoria e risarcimento del danno*, *FI*, 1983, V, 221 ss.

In generale, per una interessante ricognizione dei problemi cfr. R. SACCO, *La concessione per l'edificabilità e il risarcimento del danno ex diniego*, Milano, 1978.

«interessi legittimi» almeno nella materia considerata.

Il complesso sistema della pianificazione urbanistica, nel cui ambito il *jus aedificandi* è esercitabile soltanto in sintonia con le previsioni degli strumenti urbanistici, consente da un lato di affermare che il rilascio del titolo abitativo all'edificazione sia atto dovuto (e in questo senso sembra esplicitamente orientata la stessa Corte costituzionale con la decisione n. 127 del 5.5.1983) e, da altro lato, di avvertire l'intrinseca fragilità della teoria sulla quale si incentra il pensiero delle nostre corti, che è fondata su di un presupposto - la discrezionalità nel rilascio del consenso ad edificare - che è retaggio di una concezione dell'urbanistica che non ha più cittadinanza nel nostro ordinamento.

Il cammino verso il traguardo del superamento dell'ostracismo che ancora la giurisprudenza oppone alla risarcibilità dell'illegittimo diniego all'esercizio del *jus aedificandi* è comunque ancora lungo e tormentato, come testimonia la vicenda dell'introduzione espressa nel nostro ordinamento di ipotesi di risarcibilità di quelli che ancora siano costretti a definire «interessi legittimi» in ordine alla quale la nostra giurisprudenza ha costruito la singolare teoria secondo la quale tale previsione normativa presupporrebbe la normale irrisarcibilità degli «interessi legittimi»⁸.

6. L'espropriazione, l'occupazione appropriativa, l'espropriazione cosiddetta «larvata» e il tentativo del legislatore di ricondurre tali fenomeni nell'ambito espropriativo.

Altro aspetto fondamentale, strettamente collegato a quello del *jus aedificandi*, dello statuto della proprietà immobiliare urbana è costituito dall'espropriazione per pubblica utilità.

Non è questa la sede per una approfondita trattazione di un tema di così ampio respiro: basterà qui accennare a quegli aspetti dell'espropriazione che maggiormente incidono sul contenuto della proprietà immobiliare urbana.

Come è ampiamente noto a partire dalla ormai storica sentenza n. 5/80 della Corte costituzionale la disciplina della materia della espropriazione, con specifico riferimento alle aree edificabili, è alimentata da una formazione «temporanea» emanata nella attesa di una disciplina organica e, assai più incisivamente, è connotata da ripetuti interventi della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale che hanno supplito all'incapacità del legislatore di affrontare con un disegno coerente la delicata materia.

La breve vita della legge n. 385 del 29.7.1980, emanata per (cercare di) supplire alle

⁸ Cass., SU., 5.5.1993, n. 2667, in *Resp. Civ. Prev.*, 1994, 86; come osserva la migliore dottrina (GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., 347) la mancata indicazione di norme che fissino il principio generale che si assume derogato dalla norma in commento, rende arbitrario l'intero ragionamento della Corte.

conseguenze della declaratoria di incostituzionalità delle norme della legge n. 865 del 1971 relative alla determinazione dell'indennità di espropriazione di aree edificabili (avvenuta con la sent. 5/80 della Corte costituzionale) è chiaro esempio della impossibilità di ricercare soluzioni estemporanee.

Già nel 1983, con sentenza n. 233 del 19.6.1983, il Giudice delle leggi espungeva dall'ordinamento la menzionata legge «tampon» la quale - in violazione dell'art. 136 Cost. assicurava la sopravvivenza delle norme dichiarate incostituzionali con la sentenza n. 5/80, attraverso l'escamotage di qualificare come «provvisoria» l'indennità calcolata con le norme incostituzionali.

Si apriva allora il periodo della supplenza da parte della giurisprudenza alla inerzia del legislatore, che non provvedeva a colmare la lacuna aperta dalle menzionate decisioni della Consulta.

La Corte di Cassazione precisava sia i limiti della pronuncia di incostituzionalità di cui alla sentenza n. 5/80 (da intendersi riferita alle sole aree edificabili), sia la normativa applicabile (da rinvenirsi nella legge generale sulle espropriazioni di cui alla l. n. 2359 del 25.6.1985, essendo caducate le leggi speciali successive ad essa per effetto della entrata in vigore della l. n. 865/71).

È questo il *decisum* della sentenza n. 5401 del 24.10.1984 della Suprema Corte, che ha connotato la successiva regolazione pretoria della materia sino ad epoca recentissima (e può essere interessante notare che ancora con sentenza n. 12036 del 21.11.1995 la Corte regolatrice ha ribadito che le regole indennitarie contenute in leggi speciali che si riferivano ai criteri della legge sul risarcimento di Napoli - l. n. 2892 del 1885 - non hanno ripreso vigore a seguito della caducazione delle norme sulla quantificazione dell'indennità di esproprio dettate dalla l. n. 865/71, estese a tutte le espropriazioni nel 1974, e dichiarate incostituzionali).

A seguito dell'orientamento assunto dalla Suprema Corte per circa otto anni l'indennità di espropriazione per aree edificabili è stata ragguagliata al valore venale di esse, in ossequio all'art. 39 della legge fondamentale del 1865.

Per la verità nel periodo considerato il legislatore interveniva con leggi-provvedimento per regolare talune specifiche ipotesi di espropriazione (ampliamento della tenuta di Castelporziano, con l. 23.7.1985, n. 372; interventi per Roma capitale, con l. 15.12.1990, n. 396).

La prima legge-provvedimento richiamava i criteri indennitari delle leggi di Napoli del 1885 e veniva assolta dalle censure di incostituzionalità della sentenza n. 216 del 19.4.1990, la quale enunciava taluni importanti principi, tra i quali il più rilevante è quello relativo alla discrezionalità per il legislatore di modulare l'indennità nei limiti del «serio ristoro» con il solo limite della «irrisorietà» del ristoro riconoscimento al privato espropriato.

La seconda legge-provvedimento enunciava in embrione quella che sarebbe stata la soluzione poi introdotta dal legislatore con l'art. 5 bis della legge n. 359 dell'8.8.1992, sulla quale occorre soffermarsi, sia pure nei limiti imposti dall'economia della presente voce.

Dispone, come è noto, la citata disposizione un criterio indennitario composito, modellato sulla falsariga della legge di Napoli del 1885, in cui il valore venale dell'area esproprianda è sommato al reddito dominicale e l'indennizzo è pari alla semisomma dei due addendi con decurtazione del 40 per cento in caso di mancata accettazione dell'indennità determinata in via amministrativa, comunque non superiore al valore dichiarato dal proprietario ai fini dell'Imposta comunale sugli immobili (I.C.L.), per il disposto dell'art. 16 del D.lg. n. 504 del 30.12.1992, istitutivo di una nuova imposta.

Come è altrettanto noto tale criterio indennitario - che comporta un ristoro tendenzialmente pari a circa un terzo del valore venale del bene espropriato - è stato ritenuto compatibile con l'art. 42 Cost. dalla sentenza n. 283 del 16.6.1993 della Corte costituzionale, sotto il duplice rilievo che da un lato il legislatore è libero di determinare quale sia il massimo contributo di riparazione riconoscibile al privato espropriato per esigenze di interesse generale e, dall'altro, che la presenza tra le componenti del calcolo del valore venale del bene espropriando è condizione necessaria, ma anche sufficiente ad assicurare la «serietà» del ristoro, anche se esso è largamente inferiore al valore venale medesimo.

Gli argomenti utilizzati dalla Corte - che hanno sollevato annotazioni fortemente critiche da parte della dottrina - non sono, per la verità, affatto nuovi e si ricollegano ad enunciazioni che risalgono ai primi intervenuti della Corte nella materia delle espropriazioni, e specificamente alla sentenza n. 5 del 18.2.1960 che aveva assolto dal dubbio di costituzionalità il criterio indennitario della legge di Napoli.

In epoca recentissima la Corte costituzionale ha ulteriormente precisato il proprio pensiero - con la decisione n. 153 dell'8.5.1995 - ascrivendo l'art. 5 bis della legge n. 359/92 (o, più esattamente, l'art. 5bis del D.lg. 11.7.1992, n. 333 convertito, con modificazioni, dalla menzionata legge) alle norme fondamentali delle riforme economico-sociali, in quanto - ancorché la norma sia temporanea - essa è tendenzialmente volta non soltanto al perseguimento di scopi economico-sociali ma anche, e soprattutto, al risanamento della finanza pubblica attraverso la decurtazione degli oneri addossati a carico dei bilanci pubblici in una situazione caratterizzata da un gravissimo debito pubblico.

Come si vede, il percorso evolutivo (o, secondo molti, involutivo) del pensiero della Corte costituzionale in ordine al vaglio di costituzionalità dell'indennità di espropriazione è circolare, nel senso che esso, dipartendosi da una logica tendenzialmente indifferente all'effettivo ristoro del sacrificio imposto al proprietario espropriato in ragione degli scopi di interesse generale (sent. n. 5 del 1960) è sembrato evolversi sino alla affermazione che il «serio ristoro» per il privato espropriato può essere assicurato soltanto con un effettivo aggancio della indennità al valore venale del bene (sent. n. 5 del 1980), per poi ritornare a

privilegiare gli interessi generali, individuati anche nelle necessità di limitare gli oneri a carico dei bilanci pubblici in una situazione di gravissimo debito pubblico (sent. n. 283 del 1993 e 153 del 1995).

Il pensiero della Corte costituzionale, in precedenza schematicamente riassunto, induce a riflettere anche sulla permanente inerenza del jus *aedificandi* allo statuto della proprietà, così incisivamente affermata dalla sentenza n. 5/80; l'erosione del principio della appartenenza esclusiva al proprietario del suolo del plusvalore indotto dalla edificabilità di esso è in atto e le pronunce più recenti ne sono esplicita conferma. La stessa Corte costituzionale, infatti, con la decisione n. 80 del 19.3.1996, non ha esitato ad affermare che le nuove norme introdotte dalla legge n. 359 del 1992 hanno anche il fine di recuperare alla collettività il plusvalore del fondo espropriato.

Non è dubbio, ancora, che l'attuale orientamento della Corte costituzionale potrà indirizzare le scelte che il legislatore è chiamato ad effettuare nel quadro di una disciplina organica delle espropriazioni, che risponde ad una esigenza non più eludibile.

Il quadro complessivo che può trarsi dagli accenni ai profili attuali della disciplina delle espropriazioni non è dei più confortanti per le aspettative dei futuri espropriandi, non potendosi denegare la fondatezza di una prognosi di ulteriori future incisive erosioni delle facoltà connesse allo statuto della proprietà immobiliare.

Un'ultima notazione sul punto non sembra superflua: non è dubbio, allo stato attuale della giurisprudenza, che la regola applicabile in ordine alla determinazione dell'indennità di esproprio di fabbricati (non rurali) sia quella che equipara tale indennità al valore venale del bene⁹.

Un cenno meritano, ancora, i profili connessi alla cosiddetta «occupazione acquisitiva» ed alla espropriazione cosiddetta «larvata».

Quanto alla prima è noto che tale vicenda estintiva del diritto di proprietà è di (sola) origine pretoria, a partire dalla nota decisione delle Sezioni Unite della Cassazione n. 1464 del 16.2.1983¹⁰, che enunciò il principio secondo cui la radicale trasformazione di un fondo di proprietà privata - occupato illegittimamente dalla P.A. - irreversibilmente destinato alla realizzazione di un'opera pubblica produce l'acquisto a titolo originario della proprietà da parte della stessa P.A. e l'insorgere del diritto del privato al risarcimento del danno derivante dalla perdita del diritto di proprietà.

Tale modello venne poi confermato da altre sentenze della Suprema Corte con l'eccezione di Cass., 18.4.1987, n. 3872 (in *Corr. Giur.*, 1987, 642), tanto da diventare principio

⁹ Cass., 17.11.1995, n. 11918 e ID, 21.11.1995, n. 12036.

¹⁰ *FI*, 1983, I, 626 e *GC*, 1983, I, 707.

consolidato, o, come è stato affermato, «diritto vivente»¹¹ istituito tra le creazioni «più note del diritto pretorio»¹², sino a quando la Sez. I, con sent. 11.7.1990, n. 7210 (in *Corr. Giur.*, 1990, 920) considera il debito della P.A. come controvalore, con prescrizione decennale e non quinquennale, indirizzo che venne poi disatteso dalle Sezioni Unite, nella sentenza n. 12546 del 25.11. 1992 (*FI*, 1993, 1, 88).

In questo modo, la giurisprudenza ordinaria ha introdotto nel nostro ordinamento la regola per cui lo spossamento, da parte della pubblica amministrazione, del fondo privato a seguito della sua radica trasformazione mediante l'insediamento su di esso *di un'opera pubblica*, produce la degradazione della proprietà all'ente pubblico¹³, consentendo, di fatto, che un comportamento ab origine illecito de P.A. dia luogo all'acquisto della proprietà di beni dei privati senza fare ricorso alle ordinarie procedure espropriative.

È vero che, recentemente, la vicenda dell'occupazione acquisitiva è stata affrontata dalla Corte costituzionale, che, riconoscendo l'autonoma rilevanza dell'istituto, ne ha affermato la legittimità, sotto il profilo della (pretesa) incostituzionalità dell'art. 2043 c.c. la sent. n. 188 del 23.5.1995 (in *Corr. Giur.*, 1996, 274) ha infatti dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2043 c.c., in riferimento agli artt. 3 e 42 Cost., sollevata in quanto tale articolo - con riferimento all'acquisizione della proprietà di aree in conseguenza della costruzione su di esse di un'opera pubblica senza la previa espropriazione - prevede un diritto del proprietario al risarcimento del danno, anziché all'indennità espropriativa.

La sentenza n. 188 del 23.5.1995 (in *Corr. Giur.*, 1996, 274) esalta le profonde differenze tra la figura dell'espropriazione e quella dell'occupazione acquisitiva: «nella (ormai) consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione [...]» (in relazione alla quale questa corte è chiamata ad esercitare il suo sindacato di costituzionalità, perché è questa la norma che effettivamente vive nella concreta realtà dei rapporti giuridici) ciò che si esclude è, segnatamente, siffatta traslazione di un idem, ricostruendosi, invece, la vicenda in termini di manipolazione-distruzione di un quid e parallela acquisizione di un aliud residuale a quella manipolazione.

Si trova, infatti, più volte ed a chiare lettere, ribadito nella richiamata. giurisprudenza (ed in particolare, nelle pronunzie delle Sezioni unite) che l'elemento qualificante della fattispecie è l'azzeramento del contenuto sostanziale del diritto di proprietà e la nullificazione del bene che ne costituisce oggetto; la *vanificazione*, cioè, della individualità pratico-giuridica

¹¹ Ex plurimis: Cass, S.U., 10.6.1988, n. 3940, in *GC*, 1988, I, 2242; ID., 19.11.1991, n. 13676, *FI Rep.*, 1991, voce «Espropriazione per pubblico interesse», n. 291; ID., 21.10.1991, n. 11133, *FI*, 1992, 1, 1200; ID., 10.10.1991, n. 10667, *FI*, 1992, 1, 1210; ID., 10.7.1991, n. 7645, *FI Rep.*, voce cit., 271.

¹² GAMBARO, *L'occupazione acquisitiva e i dialoghi tra formanti*, *FI*, 1993, V, 389.

¹³ GAMBARO, *L'occupazione acquisitiva*, *cit.*, 391.

dell'area occupata, in conseguenza della materiale *manipolazione* dell'immobile nella sua fisicità, che ne comporta una trasformazione così totale da provocare la perdita dei caratteri e della destinazione propria del fondo, il quale in estrema sintesi non è più quello di prima. La vicenda dell'occupazione acquisitiva, in sostanza, secondo la stessa Corte costituzionale nella sent. n. 188 del 1995, «*si scinde per un verso, in negativo, in una condotta di occupazione ed irreversibile manipolazione del suolo (cui consegue l'estinzione del diritto di proprietà per positivo, in una acquisizione dell'opera di pubblica utilità, su di esso costruita, a vantaggio dell'ente pubblico*». L'impossibilità di porre sullo stesso piano la fattispecie dell'espropriazione e quella (*ontologicamente* diversa) dell'occupazione acquisitiva, emerge anche dall'inconfigurabilità di quest'ultima nell'ambito di qualunque fenomeno espropriativo, quale la cosiddetta espropriazione larvata o sostanziale¹⁴.

Ma l'uso del termine espropriazione, riferito alle fattispecie di occupazione è certamente fuorviante, perché le due figure muovono da presupposti in radice diversi (l'uno lecito, l'altro illecito).

E autorevole dottrina ha aspramente criticato l'espressione e la nozione che contraddistingue l'espropriazione «larvata» (o sostanziale), osservando, già al suo apparire, come si fosse in presenza di una libera creazione del diritto in aperto contrasto con la disciplina costituzionale¹⁵.

Più in generale, l'intera figura della occupazione acquisitiva (benché, ormai, *diritto vivente*, nelle parole della Corte costituzionale) ha suscitato critiche e perplessità, sia in giurisprudenza, rilevandosi, tra l'altro, che «la totale ed irreversibile» destinazione del fondo occupato «nella sua fisicità», alla realizzazione dell'opera pubblica è nozione empirica, «né chiara né univoca»¹⁶, sia in dottrina¹⁷.

¹⁴ In termini di espropriazione sostanziale si è espressa in qualche caso la Cassazione che, nella sent. 20.6.1990, n. 6209, in *Corr. giur.*, 1990, 920 ha inteso escludere che il privato abbia diritto ad ottenere il risarcimento del danno, affermando per converso, il diritto a percepire una somma pari al valore che il bene aveva al momento dell'acquisto a titolo originario, affermando che «in tema di espropriazione sostanziale, la realizzazione dell'opera pubblica, in conformità ad una precedente dichiarazione di pubblica utilità, comporta la perdita della proprietà da parte del privato ed il contemporaneo acquisto a titolo originario della stessa in favore della P.A.».

¹⁵ GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 1213.

¹⁶ Trib. Sup. Acque, 2.3.1988, n. 14, *FA*, 1989, I, 48.

¹⁷ COMPORTI, *L'occupazione illegittimo di immobili da parte della pubblica amministrazione fra disciplina della proprietà e quella dell'illecito*, *GI*, 1980, IV, 353; In., *Dalla occupazione illegittima di immobili da parte della pubblica amministrazione alla «occupazione appropriativa»*, *RGE*, 1985, 11, 3; SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato*, Milano, 1985, 38 Ss; CARTEI, *Un difficile connubio: criterio di effettività e principio di legalità dell'azione amministrativa*, *FA*, 1988, 1194; Natucci, *Occupazione espropriativa e tipicità dei modi di acquisto della proprietà nella giurisprudenza della Cassazione*, *CeI*, 1991, 271.

Nella prospettiva in precedenza sinteticamente enunciata si colloca la delicata questione sollevata dal tentativo del legislatore di ovviare ai costi connessi al risarcimento del danno conseguente ad occupazione acquisitiva mediante l'applicazione delle regole indennitarie di cui all'art. 5 bis più volte citato anche a tale fenomeno estintivo della proprietà immobiliare.

L'art. 1, 65° co., della legge 28.12.1995, n. 549, ha sostituito come segue il testo del 6° co. dell'art. 5 bis, d.l. 11.7.1992, n. 333, convertito in legge 8.8.1992, n. 359:

«Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano in tutti i casi in cui non sono ancora determinanti in via definitiva, il prezzo, l'entità dell'indennizzo) e/o del risarcimento del danno alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto».

La questione, in particolare, si incentra sulla valenza dell'inciso «entità dell'indennizzo e/o risarcimento», che sembra poter essere interpretato nel senso dell'applicabilità della disciplina di cui all'art. 5 bis legge n. 359/1992 alla fattispecie della cosiddetta appropriativa.

La conseguenza dell'interpretazione della nuova normativa nel senso (quanto meno) auspicato dal legislatore si risolvono in molteplici profili di incompatibilità di tale interpretazione con i principi costituzionali.

Come è stato immediatamente rilevato nelle plurime ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale della norma in esame, invero, alcuni decisivi aspetti muovono nel senso dell'inconfigurabilità di un'equiparazione tra la disciplina e gli effetti dell'espropriazione e quelli (di creazione giurisprudenziale) dell'occupazione acquisitiva.

In via di prima approssimazione, essi possono venire riassunti nei seguenti rilievi:

1. l'inciso relativo al risarcimento del danno non potrebbe riferirsi all'occupazione acquisitiva perché non si è in presenza di una fattispecie espropriativa;
2. quando il legislatore menziona l'espropriazione intende (evidentemente) riferirsi a procedimenti espropriativi, e non può quindi alludere alle fattispecie in cui ravvisi una cosiddetta «espropriazione sostanziale o larvata»;
3. in ogni caso, l'inciso è contenuto in una disciplina di carattere transitorio e va, quantomeno, interpretato restrittivamente.

La stessa consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale ha pacificamente escluso che la fattispecie dell'espropriazione e quella dell'occupazione acquisitiva possano essere poste sullo stesso piano, in quanto ontologicamente differenti¹⁸.

¹⁸ Nella nota sentenza 16-12-1993, n. 442, si afferma infatti che «le fattispecie a confronto sono assolutamente divaricate e non comparabili. Nella prima c'è un procedimento espropriativo *secundum legem* (ossia nel rispetto dei presupposti formali e sostanziali che rappresentano altrettante garanzie per il proprietario espropriato) e quindi vengano in rilievo le opzioni (discrezionali) dal legislatore in ordine al criterio di calcolo dell'indennità di esproprio; la seconda ipotesi si colloca fuori dai canoni di legalità (perché è la stessa realizzazione dell'opera pubblica sull'area occupata, ma non espropriata, ad impedire di fatto la retrocessione e a comportare l'effetto

Nell'attesa della pronuncia della Consulta, che auspicabilmente non potrà non rilevare la illegittimità del tentativo di equiparare situazioni che essa stessa ha già definito ontologicamente diverse, non può sottacersi il disagio dell'interprete di fronte a norme che con un capovolgimento di prospettive - suppliscono alla incapacità amministrativa alla realizzazione di un giusto procedimento di espropriazione premiando l'illecito e punendo la vittima incolpevole.

Ancora, molte perplessità suscita la norma introdotta con l'art. 1, 65° Co. della legge 28.12.1995, n. 549 se essa è comparata con talune disposizioni pattizie internazionali, e specialmente con l'art. 1 del Protocollo n. 1 addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4.11.1950 e ratificata in Italia, anche con riferimento al Protocollo addizionale, con legge 4.8.1955 n. 848.

Il 1° co. dell'art. 1 del menzionato Protocollo dispone che «*Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut même privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international*» e la Corte Europea dei diritti dell'uomo, ancora recentemente, ha avuto modo di ricordare che tale norma garantisce in sostanza il diritto di proprietà enunciando il principio del rispetto di quel diritto (sent. 28.9.1995, che può leggersi in *FI*, 1996, IV, 114).

La mancanza di una fattispecie legale (come tale formalmente legittimante) nell'ipotesi di occupazione acquisitiva suscita notevoli perplessità in ordine alla compatibilità della norma in esame con i dettami della richiamata Convenzione.

7. La destinazione d'uso.

Uno dei profili in cui si compone lo «statuto» della proprietà immobiliare urbana che ha dato adito a controverse interpretazioni e letture è certamente quello attinente alla destinazione d'uso degli immobili.

L'emissione del problema - per la verità - è relativamente recente, rinvenendosi soltanto nella legge n. 10 del 1977 il primo obiettivo riscontro legislativo della rilevanza della destinazione d'uso degli in sé considerata [artt. 6, 3° co., 9 lett. b); 10, 3° co. 15, 13° co., della menzionata legge].

Pur trattandosi - come si è accennato - di un profilo di indagine e dibattito (relativamente)

traslativo della proprietà del suolo per accensione all'opera stessa) e quindi ben può operare il diverso principio secondo cui chi ha subito un danno per effetto di un'attività illecita ha diritto ad un pieno ristoro. Per altro verso è giustificato che l'ente espropriante, il quale non faccia ricorso ad un legittimo provvedimento espropriativo per acquisire l'area edificabile, subisca conseguenze più gravose di quelle previste ove invece sia rispettoso dei presupposti formali e sostanziali prescritti dalla legge perché si determini l'effetto dell'ablazione dell'area».

recente noto come la rilevanza, anche penale, del problema connesso alla modificazione non autorizzata della destinazione d'uso ha sollevato un ampio dibattito non soltanto nell'ambito del diritto urbanistico senso stretto, ma anche nel più generale ambito connesso alla attuale configurazione del potere dei privati sui propri beni.

È bene rammentare che il problema della rilevanza o meno ai fini urbanistici del mutamento di destinazione d'uso si poneva (e solo parzialmente, come si dirà, si pone ancora oggi) soltanto con riferimento a mutamenti posti in essere *senza* esecuzione di opere edilizie (cosiddetto mutamento *funzionale*, da contrapporsi a quello strutturale), non essendo contro verso che in presenza di opere edilizie finalizzate comunque connesse al mutamento di destinazione d'uso occorresse una formale autorizzazione, discutendosi semmai in ordine alla tipologia dell'autorizzazione richiesta.

Orbene, come è noto, nei primi anni '80 si fronteggiarono due soluzioni giurisprudenziali (tendenzialmente) antitetiche: da un lato le Sezioni Unite Penali della Suprema Corte, con decisione 29.5.1982 *RGE*, 1982, I, 814, affermarono il primato dello strumento urbanistico nel decidere, tra tutte le possibili destinazioni d'uso di suoli ed edifici, quella più confacente agli interessi tutelati e la rilevanza, anche penale, delle modifiche d'uso non autorizzate che comportino traslazione dall'una all'altra delle categorie urbanistiche considerate dalla vigente normativa; da altro lato la giurisprudenza amministrativa, con la decisione del Consiglio di Stato, Sez. IV, 27.7.1982, n. 525, *RGE*, 1982, I, 708, ha optato per una diversa soluzione (destinata a prevalere anche a livello della successiva legislazione: cfr. art. 25, 1. n. 47 del 1985) incentrata sul riscontro obiettivo della mancanza nell'ordinamento positivo allora vigente di un potere di controllo pubblico sulle mere destinazioni funzionali degli immobili.

Quest'ultima decisione, tra l'altro, ha chiaramente enunciato il principio della intangibilità da parte del potere pianificatorio della sfera riservata all'autonomia del proprietario quanto alla scelta delle forme di godimento da assegnare al bene in proprietà. In altri termini la decisione ha esplicitamente riconosciuto l'appartenenza allo «statuto» della proprietà immobiliare urbana della facoltà per il proprietario di fruire dell'immobile per tutte le destinazioni non altrimenti vietate dell'ordinamento, a condizione naturalmente che non si facesse luogo a interventi edilizi, come tali soggetti al controllo ed all'autorizzazione previa della competente autorità. La grande rilevanza della soluzione fondatamente offerta dalla giustizia amministrativa non poteva sfuggire al legislatore, il quale infatti trasse spunto proprio da quella pronuncia per introdurre nella legge 28.2.1985 n. 47 una norma (l'art. 25) che da un lato esclude espressamente la rilevanza penale del mutamento di destinazione d'uso funzionale e, d'altro lato, ne riconduce la rilevanza urbanistica soltanto nei limiti in cui tale mutamento sia oggetto di autorizzazione nelle parti di territorio individuate dallo strumento urbanistico generale in attuazione di specifiche leggi regionali in argomento (salva l'ipotesi dei beni culturali ed ambientali, per i quali valgono le regole di settore).

Per la verità, anche dopo l'introduzione dell'art. 25 della legge n. 47 del 1985 non sono mancate diverse e variegate interpretazioni, anche in sede penale, essendosi affermato in

talune pronunce che soltanto il mutamento di destinazione d'uso funzionale nell'ambito di una stessa categoria urbanistica (da rinvenirsi nel d.m. 2.4.1968) è penalmente irrilevante¹⁹; la giurisprudenza amministrativa, con qualche eccezione a livello di primo grado, non ha manifestato per contro oscillazioni di rilievo nell'escludere ogni rilevanza urbanistica alla variazione d'uso senza opere²⁰.

Altre pronunce, peraltro, hanno affermato chiaramente l'irrilevanza penale di *ogni* mutamento d'uso funzionale, non accompagnato quindi da opere edilizie, anche se dal mutamento derivasse l'ascrivibilità ad altra categoria urbanistica di cui al d.m. 2.4.1968²¹.

L'intervento della Corte costituzionale (con decisione n. 73 dell'11.2.1991, *CS*, 1991, II, 322) ha sostanzialmente sopito il dibattito, avendo la Corte affermato con chiarezza che la modifica funzionale della destinazione d'uso, non concessa all'esecuzione di interventi edilizi, può essere assoggettata soltanto al regime dell'autorizzazione (e non a quello, oneroso, della concessione) e soltanto dopo che i criteri, dettati dall'apposita legge regionale prevista dall'art. 25 della legge n. 47 del 1985 siano stati filtrati ed attuati in sede di pianificazione urbanistica relativamente ad ambiti determinati.

Il rilievo di sintesi che può trarsi dalle indicazioni legislative e giurisprudenziali in precedenza richiamate (senza alcuna pretesa di completezza, non essendo questa la sede idonea ad una approfondita trattazione della materia, che qui è riguardata dal particolare angolo visuale delle facoltà consentite al proprietario) si compendia nella constatazione che il jus utendi del bene immobile non sopporta intrusioni autoritative se non nei limiti in precedenza evidenziati (art. 25 1. n. 47 del 1985 nella lettura di C. Cost. n. 73 del 1991 e la speciale disciplina di taluni settori), in quanto è solidamente ancorato allo «statuto» della proprietà immobiliare urbana, del quale contribuisce a delimitare i confini.

8. I limiti legali alla proprietà immobiliare urbana: le distanze tra costruzioni e le zone di rispetto

Lo «statuto» della proprietà immobiliare urbana è connotato e conformato non soltanto della disciplina urbanistica intesa nel senso della pianificazione territoriale, ma anche - come si è già in precedenza evidenziato - da numerose altre norme che attengano ai più svariati interessi collettivi.

In questo ambito assumono rilievo le limitazioni legali connesse alla disciplina delle distanze;

¹⁹ 19 Cass pen., 17.12.1988; ID., 23.6.1988, *RP*, 1989, 983 e 143.

²⁰ 20 C. St., Sez. V, 13.5.1993, n. 600, *RGE*, 1993, I, 867; C. St., Sez. V, 3.10.1992, N. 917, *RGE*, 1992, I, 1224; C. St., Sez. V, 20.2.1990, n. 163, *RGE*, 1990, I, 376; C. St., Sez. V, 18.1.1988, n. 8, *RGE*, 1988, I, 667.

²¹ 21 Cfr. Cass. pen., 12.1.1991. *RGE*, 1991, I, 516.

non è certamente questa la sede idonea per un'approfondita disamina di tale materia (per la quale si rinvia alle pertinenti voci di questa opera) e tuttavia un cenno ai profili sottesi a tali limitazioni appare necessario al fine di rendere più intelligibile il quadro descrittivo dell'attuale configurazione della proprietà immobiliare urbana.

Un primo aspetto che conviene prendere in considerazione riguarda la genesi della disciplina codicistica in materia di distanze legali ed il dibattito che si è sviluppato in ordine alla natura di essa.

Nella relazione al Codice Civile del 1942 si avverte che la disciplina della materia relativa alle distanze nelle costruzioni resta dominata, come già nel precedente codice del 1865, da due regole fondamentali: da un lato, l'obbligo di osservare nelle costruzioni su fondi finitimi la distanza di tre metri o la maggiore distanza stabilita dai regolamenti locali; dall'altro il diritto di chiedere la comunione del muro altrui, contiguo al proprio fondo o a distanza minore della metà di quella che deve intercedere fra costruzioni. Il richiamo alla disciplina del codice abrogato induce alcune riflessioni sull'evoluzione storica della materia considerata.

Il codice del 1865 disciplinava le distanze fra costruzioni all'art. 571, indicandola in tre metri, nell'ambito delle «servitù della legge», definite per avere ad oggetto l'utilità pubblica o privata.

La collocazione sistematica della disciplina delle distanze fra costruzioni nell'ambito della teoria generale delle servitù prediali aveva suscitato la critica della dottrina del tempo, la quale evidenziava l'incongruenza di tale collocazione in quanto si trattava di limitazioni che non presupponevano affatto l'esistenza di un fondo dominante e di un fondo servente.

La collocazione che nel nuovo codice venne data alla materia fu quindi accolta favorevolmente dalla dottrina, poiché essa accentuava la differenziazione fra le limitazioni legali della proprietà e la servitù. Si è discusso a lungo, tuttavia, se le limitazioni legali nei rapporti di vicinato, quali sono enunciate nel nuovo codice del 1942, siano assimilabili o meno alle servitù coattive.

In contrasto con una dottrina ormai risalente la maggioranza degli autori ritiene, con argomentazioni anche disomogenee, che l'istituto delle limitazioni legali della proprietà si distingue dalla servitù in quanto il potere del proprietario del fondo vicino non emanerebbe da un diritto a sé stante ma dallo stesso diritto di proprietà, ed ancora perché mentre i rapporti di vicinato hanno carattere statico, essendo diretti a prevenire i conflitti tra più proprietari, le servitù coattive hanno una funzione dinamica, in quanto mirano a favorire un migliore sfruttamento del suolo e ad accrescere la produttività.

In questa prospettiva sembra assai più persuasiva la tesi che individua la fondamentale distinzione tra servitù e limitazioni legale della proprietà da un lato nella unilaterale attribuzione di una utilità, tipica della servitù, a fronte del carattere bilaterale ed equilibratore

tipico delle norme in materia di vicinato e, da altro lato, nella anormalità della limitazione alla proprietà che connota le servitù rispetto alla normalità dei limiti posti alla proprietà fondiaria delle norme in materia di distanze.

L'approccio alla disciplina delle limitazioni legali della proprietà in materia di distanze evidenzia - ed è questo un secondo aspetto meritevole di considerazione - la necessità di una lettura interdisciplinare delle norme.

L'attività edilizia infatti risulta oggetto di regolamentazione sia da parte delle norme di diritto privato, che disciplinano i rapporti di vicinato, sia e soprattutto da parte di norme pubblicistiche, che tutelano esclusivamente il corretto svolgersi dell'edificazione sul territorio, attraverso il controllo delle trasformazioni urbanistiche.

Tale attività risulta pertanto disciplinata congiuntamente da norme di provenienza e finalità eterogenee cui essa deve necessariamente uniformarsi. L'attività edilizia in senso lato, quindi, deve correttamente essere distinta in attività urbanistica, soggetta come tale alla disciplina pubblicistica ed alle indicazioni degli strumenti di pianificazione territoriale, ed attività edilizia in senso stretto, incidente nei rapporti interprivatistici ed oggetto della normativa codicistica e della legislazione speciale in materia. Allo stesso modo occorre distinguere fra violazioni che costituiscono illecito sotto il profilo urbanistico, e sono oggetto di sanzione amministrativa e penale, e violazioni che costituiscono illecito sotto il profilo edilizio (in tema di altezza delle costruzioni, distanze, ecc.) e che sono oggetto (anche) di sanzioni privatistiche (riduzione in pristino, risarcimento di danno).

L'eterogeneità delle fonti normative e regolamenti in materia di distanze fra costruzioni impone quindi all'interprete di non limitare la propria indagine alla disciplina codicistica, che costituisce soltanto regole generali aperte, in virtù del richiamo alle altre norme integratrici contenuto nell'art. 873 c.c., al recepimento di altre regole.

Si tratta, come è agevole comprendere, di una nutrita e complessa serie di disposizioni, anche a carattere del tutto particolare, la cui necessaria menzione rende frammentario qualsiasi tentativo di organica esposizione.

Deve fin d'ora osservarsi che lo spettro di tutela accordato risulta in tal modo notevolmente ampliato rispetto alla astratta previsione codicistica. Risulta sostanzialmente pacifica in dottrina e giurisprudenza l'opinione che ravvisa nelle norme di edilizia fonte di diritti soggettivi in capo ai privati. Si è affermato che la disposizione dell'art. 872 c.c. che disciplina le conseguenze della violazione delle norme di edilizia, ha risolto la controversia sulla natura di diritti che venivano riconosciuti ai privati danneggiati nella vigenza del precedente codice civile affermandone il carattere di diritti soggettivi perfetti.

È necessario peraltro evidenziare come la violazione delle norme edilizie, anche se non relativa alla disciplina delle distanze fra costruzioni, attribuisca pur sempre al privato danneggiato il diritto soggetto al rispetto della normativa ed anche l'eventuale risarcimento

del danno sofferto.

La Suprema Corte ha più volte enunciato tale importante principio, chiarendo che sia che si tratti di norme edilizie integrative della disciplina dettata dal codice civile, sia che si tratti di norme non integrative, la posizione giuridica del privato, che per effetto della violazione di quelle norme lamenti un danno, è pur sempre un diritto soggettivo; ed il fatto che la tutela accordata per la violazione delle norme del primo sia più ampia (consentendo anche la restituzione in pristino) rispetto alla tutela nei confronti delle norme di edilizia non integrative (che si sostanzia nel solo risarcimento del danno), attiene non già alla qualificazione della pretesa (che rimane diritto soggettivo), ma al contenuto qualificativo della riparazione che il danneggiato può ottenere (in tal senso vedasi Cass., 9.7.1971, a. 2022).

L'art. 872 c.c. al 2° co. disciplina gli effetti della violazione di norma di edilizia (di cui all'art. 871 c.c.) distinguendo due ipotesi: a) che violazione abbia avuto per oggetto le disposizioni in materia di distanze contenute nel codice (artt. 873-899 c.c.), ovvero da quelle richiamate e, b) tutte le altre norme da osservarsi nelle costruzioni.

Nel primo caso il privato danneggiato ha diritto anche di richiedere (ed ottenere coattivamente) la riduzione in pristino; nel secondo può ottenere solamente il risarcimento del danno.

Dalla violazione delle norme appartenenti alla prima categoria, incidenti sul rapporto di vicinato, derivano a favore del privato che si pretende leso dalla violazione, un'azione per l'eliminazione dello stato di cose abusivamente creato (vera e propria azione reale avente per oggetto la riduzione in pristino) ed una azione per l'accertamento ed il risarcimento del danno che ne sia derivato.

Dalla violazione invece, di norme appartenenti alla seconda categoria (quali le norme dei regolamenti comunali che non attengono alla materia delle distanze, bensì ad altre materie di interesse prevalentemente pubblico urbanistico, igienico, estetico, ecc., quali, ad es. l'altezza degli edifici) può ex art. 872 c.c., conseguire al privato, nei confronti dell'altro privato che abbia violato la norma, una tutela limitata alla sola azione di condanna al risarcimento dei danni. Le due azioni (quella reale di ricostituzione in pristino della legalità violata e quella personale di risarcimento del danno) possono esser esperite contemporaneamente, con l'unico limite (riaffermato dalla recente giurisprudenza della Suprema Corte) che, dal momento in cui avviene la riduzione in pristino, il risarcimento deve esser circoscritto al danno causato dall'opera illegittima prima dell'eliminazione della stessa^{21bis}. In particolare, per quanto

^{21bis} Cass., 18.4.1996, n. 3679: «il pregiudizio consistente nella diminuzione o esclusione del panorama, goduto da un appartamento e tutelato da norme urbanistiche, le quali prescrivono determinati standard edilizi, a norma dell'art. 872, 2° co del c.c., costituisce danno ingiusto e, come tale, risarcibile. La prova del danno consistente nel pregio che al panorama goduto da un appartamento riconosce il mercato e quindi dal deprezzamento commerciale dell'immobile susseguente al venir meno della panoramicità, in quanto si risolve nell'accertamento di fatti rilevabili o valutabili con l'ausilio di specifiche cognizioni tecniche, esige un'indagine essenzialmente

riguarda l'azione reale di restituzione in pristino, è necessario ricordare come la giurisprudenza abbia assimilato tale azione all'actio negatoria *servitutis*; inoltre il carattere tipicamente reale di tale azione rende possibile il suo esperimento nei diretti confronti del proprietario del fondo, anche se la violazione sia stata commessa da persona diversa²²; infine la situazione di illegittimità derivante dalla violazione dell'obbligo di rispettare le distanze perdura nel tempo, indipendentemente-dalla successione di terzi nella titolarità della proprietà della costruzione stessa²³.

In ordine invece alle norme non integrative delle disposizioni contenute nel codice civile in materia di distanze tra costruzioni, può rilevarsi come la relativa azione si ricolleggi alla violazione del generale principio del *neminem laedere*, la cui tutela è demandata, in via generale, alla norma dell'art. 2043 C. c.

L'azione in argomento, quindi, si situa nell'ambito di applicazione della normativa in tema di illecito extra contrattuale.

Un altro aspetto che merita di essere segnalato riguarda i criteri di determinazione del danno risarcibile per la violazione delle norme urbanistiche, nell'ambito dei rapporti tra privati.

S'è detto come, nel caso di costruzione eseguita a distanza inferiore da quella fissata dal codice civile o da una norma da esso richiamata, sia configurabile una responsabilità da illecito, di tal che il vicino può chiedere sia la rimozione dell'opera abusiva, sia il risarcimento del danno.

La giurisprudenza ravvisa il danno «in re ipsa»: il diritto al risarcimento del danno sussisterà in ogni caso in cui la lesione della posizione di vantaggio di un proprietario sia immediatamente e direttamente determinata dall'altrui violazione di norma edilizia. Nella quantificazione del danno risarcibile dovrà prevalentemente tenersi conto sia della

critica e valutativa tipica della consulenza tecnica».

²² Cass., 7.4.1978, n. 1611, *RG*, voce «Distanze legali», n. 23. Recentemente il principio è stato riaffermato dalla Suprema Corte, osservandosi che: «l'azione reale volta al rispetto della distanza legale tra le costruzioni deve essere proposta nei confronti dell'attuale proprietario della costruzione illegittima, potendo essere solo costui destinatario dell'ordine di demolizione che tale azione tende a conseguire, a nulla rilevando che la costruzione sia stata iniziata od eseguita da un precedente proprietario, al quale non potrebbe comunque essere ordinata la demolizione.

Il principio inadimplenti non est adimplendum (alt. 1460 c.c.) non è applicabile ai rapporti tra proprietari confinanti, poiché tali rapporti hanno natura reale, sono indipendenti l'uno dall'altro ed attribuiscono a ciascuno di essi il reciproco diritto di pretendere l'osservanza delle distanze legali». Cass., 22.12.1995, n. 13072, in *Sett. giur.*, fasc. 12, II, 461.

²³ Cass., 13.11.1974, n. 3606, *GI*, 1975, I, 1, 1901.

diminuzione del reddito e/o del valore locativo dell'immobile²⁴; tuttavia, secondo un più recente orientamento della S.C. dovrà tenersi conto (in quanto suscettibili di valutazione economica) anche della eventuale «diminuzione della visuale, di panoramicità, di amenità o di soleggiamento della costruzione»²⁵ in quanto tali situazioni vulnerano il diritto alla piena godibilità del bene, compromessa dall'illegittima costruzione sul fondo del vicino.

Le questioni connesse alla determinazione dei criteri di risarcibilità del danno non possono essere disancorate dall'analisi degli strumenti che l'ordinamento offre a tutela del privato danneggiato delle violazioni edilizie.

La persistente, anacronistica duplicità dei sistemi normativi che disciplinano l'attività edificatoria (quello urbanistico regolato da norme di azione e quello civilistico regolato da norme di relazione, secondo lo schema tralaticciamente assunto a livello dogmatico) si riverbera necessariamente in una duplicità di forme di tutela, che si applicano a seconda che si sia in presenza di un illecito urbanistico ovvero di un illecito edilizio.

È infatti noto che in tema di doglianze del terzo, nascenti all'avvenuto rilascio di una concessione edilizia, la giurisprudenza è solita distinguere due situazioni: a) quella consistente nell'interesse legittimo del terzo al diniego c/o annullamento della concessione edilizia, di competenza del giudice amministrativo, e b) l'altra, consistente nel diritto soggettivo del terzo nei confronti del privato autorizzato dalla P.A. ad edificare, affinché non si verifichi, a seguito della concreta esecuzione della costruzione, una lesione del diritto di proprietà, di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria.

Alla luce di questi principi generali opera la cosiddetta «doppia tutela» giurisdizionale nei confronti della costruzione illegittima cui abbia avuto la completa conoscenza dell'atto amministrativo, ricorrere al giudice degli interessi per l'annullamento della concessione edilizia, il vicino, inoltre, può agire contro il costruttore innanzi al giudice ordinario chiedendo la condanna alla riduzione in pristino nel caso di violazione di norme integrative delle disposizioni del codice civile sulla distanza tra costruzioni o al risarcimento del danno nel caso di violazione di norme non integrative.

È comunque da far rilevare che le due forme di tutela di cui il privato leso dalla violazione di norme di edilizia può disporre, differiscono sia per l'oggetto, lo scopo e la sede giurisdizionale nella quale ne è richiesta l'attuazione, nonché il fatto che per poter adire il giudice ordinario occorre che la costruzione sia già stata iniziata, mentre per ottenere l'annullamento della concessione edilizia ciò non è richiesto. Un recentissimo intervento della Corte costituzionale (C. Cost. n. 120/1996) aggiunge un interessante tassello al complesso

²⁴ Secondo un risalente orientamento: vedasi Cass., 20.8.1981, n. 4958, *GI*, 1982, 1, 1, 1070; ID., 11.3.1980, n. 1624, *GC*, 1980, 1, 1562.

²⁵ Cass., 18.8.1990, n. 8412, *GCM*, 1990, fasc. 8

quadro della interazione di norme nella materia considerata, e contribuisce a disegnare con maggior precisione i confini tra l'interesse pubblico e quello privato^{25bis}.

La vicenda che ha originato l'intervento della Consulta riguardava il dubbio di costituzionalità sollevato nei confronti dell'art. 872 c.c. in connessione con l'art. 17, lett. c) della legge n. 765 del 1967, nella parte in cui tali norme consentono di ritenere soggetto all'azione di riduzione in pristino un edificio che fronteggi altro preesistente, ma realizzato in totale difformità dalla licenza (o concessione) edilizia. Nel respingere la questione di legittimità costituzionale ad essa sottoposta sotto molteplici profili la Corte ha avuto modo di ribadire che la rilevanza della concessione edilizia si esaurisce nell'ambito del rapporto pubblicistico tra pubblica amministrazione e privati ed ancora che le violazioni in materia edilizia producono due effetti distinti, connessi alle diverse sfere di rapporti che vengono in considerazione, uno pubblicistico, tra costruttore e P.A. relativo alla repressione degli illeciti e l'altro privatistico, tra il costruttore ed i soggetti i cui diritti soggettivi risaltino lesi dall'attività del primo.

In questa prospettiva la Corte ha rilevato che l'abusività dell'immobile conseguente alla violazione di norme urbanistiche non incide di per sé sul diritto di proprietà ed in particolare sulla tutela apprestata dall'ordinamento per il caso di violazione delle limitazioni legali in materia di distanza da parte di terzi. La ragione che ha guidato la Corte nell'assumere la decisione sembra trovare fondamento sulla considerazione che in una più ampia visione delle norme in materia di distanza tra edifici deve convenirsi che esse sono preordinate anche al rispetto di esigenze generali, tra cui i bisogni di salute pubblica, sicurezza, vie di comunicazione e buona gestione del territorio.

La Corte sembra così riecheggiare le argomentazioni già da essa utilizzate in una delle prime pronunce della materia, risalente al 1959, nella quale si affermò che le limitazioni alla proprietà privata, derivanti dall'obbligo di osservare le distanze nelle costruzioni sono stabilite, al pari di tutte le altre limitazioni, anche per fini di interesse generale, che si ricollegano alla funzione sociale delle proprietà a cui il legislatore si riferisce in varie disposizioni, nell'ambito del precetto contenuto nel 2° co. dell'art. 42 Cost. (C. Cost., 6.7.1959, n. 38, *GI*, 1959, I, 131). Può essere interessante, in proposito, osservare che la più recente legislazione sembra muoversi in una prospettiva parzialmente diversa da quella fatta propria dalla Corte costituzionale anche nella richiamata decisione n. 120 del 1996.

Le disposizioni sulla definizione agevolata delle violazioni edilizie di cui all'art. 39 della legge 23.12.1994, n. 724, che hanno esteso - con particolari limitazioni - alle opere realizzate sino al 3 1.12.1993 le norme sulla sanatoria degli abusi edilizi di cui alla legge n. 47 del 1985, hanno infatti avuto cura di precisare che la definizione agevolata dell'abuso non si

^{25bis} C. Cost., 18.4.1996, 11. 120.

applica alle opere edilizie che creano limitazioni di tipo urbanistico alle proprietà finitime, salvo che l'abuso sia soltanto formale e realizzato su parti comuni (art. 39, 2° Co., I. n. 724 del 1994).

Si configura così un nuovo approccio al profilo del bilanciamento tra i rispettivi interessi dei frontisti: dalla pacifica constatazione che il conseguimento della sanatoria urbanistica non incide, di per sé, sui diritti del proprietario finitimo lesi dalla violazione delle norme urbanistiche, si giunge da un lato ad affermare che anche il costruttore abusivo può agire per la tutela della proprietà (C. Cost. 120/1996) e, da altro lato, alla inammissibilità della sanatoria nell'ipotesi in cui la costruzione abusiva abbia creato limitazioni di tipo urbanistico alle proprietà finitime (art. 39, 2° Co., I. n. 784 del 1994).

L'inammissibilità della sanatoria, peraltro, tende a svuotare di contenuto l'affermazione della Corte almeno nella misura in cui la costruzione abusiva incida negativamente sulla possibilità edificatoria del fondo finitimo (si pensi, ad esempio, all'obbligo di mantenere una distanza minima di 10 metri tra pareti finestrate di cui all'art. 9 d.m. 2.4.1968); se l'abuso non è sanabile, si applicheranno le sanzioni, anche demolitorie, di cui alla legge n. 47 del 1985 ed il conflitto di interessi sarà risolto in favore del costruttore abusivo.

Altri limiti legali, che attengono alla materia dei vincoli di inedificabilità (assoluta o relativa) sono contenuti in fonti normative eterogenee, alle quali conviene fare un sintetico cenno.

Le aree che, per la loro contiguità a beni pubblici o (privati ma) di interesse pubblico, sono soggette a limiti di edificabilità per una estensione più o meno vasta a partire dal confine dei beni tutelati, sono comunemente definite «zone di rispetto».

Poiché tali limitazioni sono poste con riferimento ad intere categorie di beni in relazione alla situazione degli stessi rispetto ai beni tutelati, esse non sono indennizzabili.

L'estensione delle zone di rispetto può essere fissata direttamente dalla normativa che la istituisce (ad es., la zona di rispetto cimiteriale è di 200 metri - salvo deroga sino a 100 metri - ai sensi dell'art. 388 del t.u. leggi sanitarie) ovvero essere rimessa alla determinazione (discrezionale) P.A. (ad es., in materia di distanze dalle cose di interesse storico ed artistico, ai sensi dell'art. 21 della I. n. 1089 del 1.6.1939).

La titolarità del diritto al rispetto delle zone di inedificabilità appartiene alla P.A. preposta alla amministrazione del bene tutelato, e si attua attraverso la emanazione di provvedimenti amministrativi di riduzione in pristino, nonché attraverso l'applicazione di sanzioni penali.

Il privato non è legittimato a richiedere la riduzione in pristino della costruzione realizzata nella zona di rispetto, ma può agire per il risarcimento del danno eventualmente subito a seguito della illegittima edificazione, ovvero impugnare i provvedimenti autorizzativi che siano in contrasto con la normativa sulle zone di rispetto.

La eterogeneità delle fonti normative che istituiscono zone di rispetto e degli interessi tutelati non consente una trattazione unitaria, ma impone l'indicazione dei principali beni oggetto di

tutela (anche) dal punto di vista considerato e delle norme che disciplinano la estensione delle zone di rispetto.

Le zone di rispetto più rilevanti sono le seguenti:

a) *Le zone di rispetto dagli immobili di interesse storico ed artistico.* L'art. 21 della legge 1.6.1939, n. 1089 consente al Ministro per i beni culturali ed ambientali (che è subentrato nelle competenze già appartenenti al Ministero della Pubblica Istruzione) la facoltà di prescrivere le distanze, le misure e le altre norme dirette ad evitare che sia messa in pericolo l'integrità dei beni tutelati, ovvero che ne sia danneggiata la prospettiva o la luce o alterate le condizioni di ambiente o di decoro.

Il vincolo è costituito mediante provvedimento amministrativo, da trascriversi presso la competente Conservatoria dei registri immobiliari ai fini della opponibilità ai terzi. Tale provvedimento tipicamente discrezionale, deve essere accuratamente motivato specialmente quando imponga nel divieto assoluto di edificare.

L'estensione della zona di rispetto da osservarsi in relazione ai beni di interesse storico e artistico non è fissata dalla legge, ma risulterà dal relativo provvedimento amministrativo assunto dal Ministro per i beni culturali ed ambientali. Deve essere rilevato, peraltro, che nell'ambito della zona di rispetto non è necessariamente vietata l'edificazione, che può essere soggetta a particolari limitazioni, senza essere del tutto esclusa;

b) *dalle bellezze naturali.* L'art. 11 della legge 29.6.1939, n. 1497 dispone che il soprintendente (oggi gli organi delle regioni, alle quali le funzioni sono state delegate ex art. 82 del d.p.r. n. 616 del 24.7.1977) ha, fra l'altro, la facoltà di prescrivere le distanze delle bellezze naturali in caso di apertura di strade o di cave ovvero di condotte per impianti industriali o di palificazioni, allo scopo di evitare pregiudizio alle cose e luoghi protetti dalla legge.

Tale facoltà deve essere esercitata tenendo in debito conto l'utilità economica dell'opera in comparazione con l'interesse pubblico alla salvaguardia del bene ambientale.

Anche in questa ipotesi la legge non indica l'ampiezza della (eventuale) zona di rispetto, la cui determinazione è rimessa alla valutazione della P.A. competente alla tutela delle bellezze naturali;

c) *dal demanio marittimo e dalle aree doganali.* Il codice della navigazione dispone, all'art. 55, una zona di rispetto di trenta metri dal demanio marittimo o dal ciglio dei terreni elevati sul mare. In tale zona l'edificazione è subordinata al nulla osta del competente capo del compartimento marittimo, salvo che la costruzione sia prevista in piani regolatori o di ampliamento già approvati dall'autorità marittima. Con la legge n. 431 dell'8.8.1985 è stata fra l'altro istituita una zona di rispetto di 300 metri dalla linea di battigia, anche per i terreni elevati sul mare (art. 1 della l., che integra l'art. 82 del d.p.r. n. 616 del 1977). Le aree che si trovano all'interno di tale zona sono soggette ex lege a vincolo

paesaggistico e la loro edificabilità è soggetta all'autorizzazione di cui all'art. 7 della legge n. 1497 del 1939, oggi di competenza delle regioni.

Per quanto concerne le aree doganali ed il mare territoriale, l'art. 4 del d.p.r. 18.2.1971, n. 18 dispone il divieto di eseguire costruzioni ed altre opere di ogni specie in prossimità della linea doganale e nel mare territoriale, senza autorizzazione del capo della circoscrizione doganale.

Non è prevista l'estensione della zona di rispetto dalla linea doganale, e risulta pertanto estremamente difficile individuare un criterio di base al quale stabilire o meno la necessità della richiamata autorizzazione;

d) *dalle acque pubbliche.* Il r.d. 25.7.1904, n. 523, t.u. delle opere idrauliche, dispone all'art. 96 una serie di divieti da osservarsi da parte dei proprietari (e utilizzatori) di fondi antistanti le acque pubbliche.

In particolare per quanto rileva in questa sede, l'art. 96 lett. f) del citato t.u. istituisce una zona di rispetto di dieci *metri* dal piede degli argini per le costruzioni e gli scavi.

Si tratta di un limite assoluto alla edificabilità la cui violazione comporta l'applicabilità della normativa in materia di polizia delle acque, oggi di competenza delle regioni ai sensi dell'art. 90 del d.p.r. n. 616 del 1977;

e) *dagli aeroporti.* Gli articoli da 714 a 717 del codice della navigazione (r.d. 30.3.1942, n. 327) dispongono una serie di limitazioni alla proprietà privata posta in vicinanza degli aeroporti, allo scopo di assicurare la sicurezza della navigazione aerea.

Per quanto in questa sede rileva, occorre segnalare che, ai sensi dell'art. 715 c. nav. non possono essere costruiti, nelle direzioni di atterraggio, ostacoli a distanza inferiore ai trecento metri dal perimetro dell'aeroporto. Vengono poi previsti limiti di altezza per gli ostacoli posti a trecento metri dal perimetro e ulteriori limitazioni, in rapporto alla distanza, nel tratto ricompreso fra la fascia inedificabile di 300 metri ed i tre chilometri dal perimetro aeroportuale. Nelle altre direzioni (non di atterraggio) la edificazione nella fascia di 300 metri dal perimetro aeroportuale è soggetta a limiti di altezza (massimo 1 metro ogni 7 metri di distanza dal perimetro);

f) *dai cimiteri.* La zona di rispetto cimiteriale è fissata in 200 metri dai centri abitati, con divieto di costruire o ampliare edifici entro il raggio di 200 metri dal cimitero (art. 338 del r.d. 27.7.1934, n. 1265 t.u. delle leggi sanitarie).

Sono previste deroghe (originariamente di competenza del Prefetto ed oggi delle Regioni) per la costruzione di cimiteri a distanza inferiore ai 200 metri dai centri abitati, nonché per la riduzione della zona di rispetto.

Il divieto di edificare nella zona di rispetto cimiteriale non sarebbe applicabile, secondo la giurisprudenza con riferimento all'ipotesi di ricostruzione di edificio preesistente.

La zona di rispetto deve essere osservata anche dal comune in sede di ampliamento degli impianti cimiteriali, nel senso che non è possibile la riduzione in tal modo della zona di rispetto con riferimento a edifici preesistenti;

g) *dalle strade pubbliche, dalle autostrade e dalle ferrovie.* La disciplina delle zone di rispetto dalle strade pubbliche (o soggette ad uso pubblico) si rinviene già nel t.u. per la tutela delle strade e per la circolazione di cui al r.d- 8.12.1933, n. 1740.

Ai sensi dell'art. 1, n. 10 del citato t.u. è fatto divieto, fra l'altro, di costruire case ed altre fabbriche o muri di cinta lungo le strade fuori degli abitati a distanza minore di tre metri dal confine della strada, quando manchino linee di fabbricazione determinate da piani regolatori o di ampliamento ovvero da deliberazioni delle autorità competenti.

Per le autostrade la legge 24.7.1961, n. 729 prevede (all'art. 9) una distanza minima assoluta di 25 metri fra fabbricati ed opere autostradali, senza fare alcuna distinzione fra costruzioni all'interno e all'esterno de centri abitati.

La zona di rispetto ad osservarsi nelle costruzioni prospicienti le strade pubbliche e le autostrade è stata poi ampliata con esclusivo riferimento alle costruzioni realizzate fuori dal perimetro dei centri abita e degli insediamenti previsti dai piani regolatori dai programmi di fabbricazione dall'art. 19 della legge 6.8.1967, n. 767 (introduttivo dell'art. 41 *septie* della I. urb. fondamentale n. 1150 del 1942) e da successivo d.m. 1°4.1968, n. 1404, emanato in attua zione della disposizione da ultimo citata.

Per le distanze fuori *dai centri abitati* dispone ora l'art. 26 del d.p.r. 16.12.1922, n. 495, regolamento d esecuzione ed attuazione del nuovo codice della strada di cui al d.lgs. 30.41992, n. 285 e successive modifiche ed integrazioni (distanze variabili da un massimo di 60 ad un minimo di 10 metri). L'intera disciplina delle zone di rispetto dalle strada è stata sottoposta al vaglio della Corte costituzionali ponendosi il quesito relativo alla legittimità costituzionale delle limitazioni al diritto di proprietà, senza previsione di indennizzo.

La risposta della Corte è stata negativa, nel senso che le limitazioni in esame, essendo poste in via generale per categoria di beni in ragione della loro posizione rispetto a beni pubblici, non hanno natura espropriativa^{25ter}.

Può essere interessante segnalare che, secondo l'orientamento dominante in giurisprudenza, anche in ipotesi di ricostruzione di un edificio preesistente, collocato a distanza inferiore rispetto a quella prevista dalla nuova normativa in tema di distanze dalle strade, deve essere rispettato il maggiore distacco. Per quanto concerne la zona di rispetto dalle ferrovie, deve farsi riferimento alla normativa introdotta con il d.p.r. 11.7.1980, n. 753 e con il successivo

^{25ter} Cfr. C. Cost., 22.6.1971, n. 133, CS, 1971, II, 52. In argomento, v. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, cit.

d.m. 3.8.1981.

Ai sensi dell'art. 49 del d.p.r. n. 753 del 1980, lungo i tracciati delle ferrovie è vietato costruire, ricostruire ampliare edifici o manufatti di qualsiasi specie ad una distanza inferiore a metri 30 dal limite delle zone di occupazione della più vicina rotaia. La distanza di metri 30 va altresì osservata, ai sensi dell'art. 1 del d.m. 3.8.1981, dalle officine ferroviarie dai depositi e dalle rimesse di locomotive, nonché da altri impianti ed uffici indicati dalla normativa.

Con riferimento infine ai tracciati delle tramvie, ferrovie, metropolitane e funicolari terrestri su rotaia l'art. 51 del citato d.p.r. 753 del 1980 dispone una zona di rispetto di metri 6, che può essere aumentata a richiesta delle aziende esercenti il trasporto con gli indicati mezzi.

9. I limiti convenzionali; la cosiddetta cessione di cubatura.

Tra i possibili limiti convenzionali alla proprietà immobiliare urbana meritano menzione - in estrema sintesi - almeno quelli connessi alle deroghe convenzionali alla disciplina delle distanze e ai cosiddetti trasferimenti di cubatura.

Non è possibile, invece, dar conto delle variegate ipotesi di vincoli pattizi incidenti sulla proprietà immobiliare urbana che lo strumentario a disposizione dei privati consente di porre validamente in essere sino al confine costituito dalla impossibilità di sottoporre indefinitamente il contenuto economico del diritto dominicale ad una contrazione totale o parziale e tale da porre in essere il suo svuotamento²⁶. Accanto alle servitù (e nella materia particolarmente diffusa è la cosiddetta servitù «*altius non tollendi*») è frequente rinvenire nella prassi ipotesi di vincoli di destinazione di origine pattizia, quali quelli che conseguono a regolamenti condominiali di origine contrattuale che fanno divieto di adibire l'immobile di proprietà esclusiva di un condominio a determinati usi (studio medico; pubblici uffici; attività commerciali e così via).

In ordine a tali vincoli di destinazione non sembra sia messa in dubbio la loro validità, almeno sino a quando il loro contenuto sia tale da non vulnerare il principio della necessaria corrispondenza al dettato dell'art. 832 c.c., nel senso sopra precisato della inammissibilità dello «svuotamento» del diritto di proprietà attraverso la espropriazione pattizia del potere di disposizione²⁷.

²⁶ In questo senso cfr. Cass., 30.7.1984, n. 4530, *RCE*, 1984, 1, 842 ss.

²⁷ Per la validità delle limitazioni al diritto di proprietà esclusiva in ambito condominiale ed in virtù di regolamento di origine pattizia v. tra le altre Cass., 22.11.1984, n. 5990; ha invece concluso per la nullità del patto di una compravendita che costituisce a carico dell'acquirente l'obbligo di astenersi dall'utilizzare il bene per una determinata attività (commerciale) Cass., 30.7.1984, n. 4530, cit., anche in quanto non contenuto entro convenienti limiti di tempo.

Venendo ora alle deroghe convenzionali alla disciplina delle distanze fra costruzioni può osservarsi, in via preliminare, che in argomento si registrano notevoli oscillazioni tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza^{27bis}.

Intanto occorre registrare l'opinione dominante nella giurisprudenza di legittimità, secondo la quale è ammissibile l'acquisto per usucapione del diritto a mantenere una costruzione a distanza inferiore a quella legale, nei soli limiti, ovviamente, della configurazione anche volumetrica della costruzione da più di venti anni²⁸.

Anche alla luce di tale orientamento si è costruita la teoria della derogabilità convenzionale delle distanze legali, sulla quale, peraltro, non vi è uniformità di orientamenti in dottrina - nel senso che sarà subito precisato - mentre in giurisprudenza si distingue tra le norme strettamente codicistiche e quelle, integrative della disciplina comune, contenute in regolamenti edilizi e piani regolatori.

Alle norme dettate dal codice civile, ed in particolare alla norma che dispone la distanza minima fra fabbricati in non meno di tre metri (art. 873 c.c.) è comunemente riconosciuta natura dispositiva, per essere diretta alla tutela di interessi eminentemente privatistici, mentre il carattere cogente (ed inderogabile) della seconda è ricavato dal fatto che le norme contenute in regolamenti edilizi o piani regolatori sono dettate a presidio di interessi urbanistici generali, non disponibili da parte dei privati²⁹. In ordine alla inderogabilità pattizia delle norme sulle distanze contenute in regolamenti edilizi o piani regolatori occorre peraltro osservare che tale inderogabilità non è intesa, da una parte della giurisprudenza, in senso assoluto, ma relativo. Si afferma, infatti, che l'esigenza di garantire in ogni caso un certo distacco fra fabbricati è di natura pubblicistica e, come tale indisponibile; ciò non significa, peraltro, che l'onere del rispetto di tale distanza non possa essere ripartito fra i proprietari confinanti secondo le regole dell'autonomia privata, essendo quindi lecito un accordo che distribuisca il distacco anche a carico (totale o parziale) di un solo fondo, purché la convenzione abbia i requisiti di forma (atto scritto e trascrivibile) necessari a renderla opponibile nei confronti di eventuali aventi causa delle parti³⁰.

Altre volte la giurisprudenza ha negato la validità di incisive limitazioni al diritto di proprietà immobiliare connesse a vincoli di destinazione di durata indefinita, argomentando sulla base del principio - ritenuto di portata generale - di cui all'art. 1379 c.c.: in questo senso cfr. Cass., 11.4.1990, n. 3082.

^{27bis} Una intelligente e chiara esposizione della materia è offerta da A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., 545 ss., al quale è opportuno rinviare per il necessario approfondimento.

²⁸ Cfr. da ultimo Cass., 24.8.1991, n. 9088, in *Vita Not.*, 1990, 214; *ID.*, 26.5.1986, n. 3530, *GI*, 1987, 1,481.

²⁹ In questo senso, Cass., 5.1.1980, n. 60, *RGE*, 1981, 576; *Id.*, 4.10.1982, n. 5117, *ibidem*, 1983, 1, 176; che argomentano osservando altresì che gli accordi negoziali tra i proprietari dei fondi finitimi si concretano in atti costitutivi di servitù convenzionale, per la cui validità è necessaria pertanto la forma scritta *ad substantiam*.

³⁰ In questo senso v. esplicitamente, Cass., 16.12.1980, n. 6512, *GI*, 1981, 1, 1604.

Quanto alla dottrina, si rinvergono affermazioni contrastanti in ordine alla derogabilità convenzionale della distanza minima posta dal codice.

Con argomentazioni che appaiono persuasive si sostiene, a conclusione di un percorso logico che va alla radice del problema, e cioè alle ratio della norma, l'irrazionalità dell'opinione in base alla quale sarebbe derogabile proprio la distanza minima, al di sotto della quale il rischio di creare intercapedini dannose per la salute assumerebbe i connotati della certezza, mentre sarebbero inderogabili le maggiori distanze previste dai regolamenti locali³¹.

Non mancano, peraltro, opinioni divergenti che ammettono la derogabilità della norma codicistica facendo leva (anche) sulla constatazione che il progetto del codice civile conteneva, all'art. 62, l'espresso divieto di ridurre le distanze legali neppure per convenzione tra vicini: la mancata previsione di tale divieto nella versione definitiva dell'art. 873 c.c. suffragherebbe la tesi della derogabilità³².

Altri, ancora, evidenziano come sia nella natura delle cose che proprio i proprietari frontisti, nel regolare pattiziamente la minor distanza tra i loro fabbricati abbiano cura di evitare in concreto effetti nocivi per la salute, ritenendo conseguentemente che i proprietari possono liberarsi pattiziamente dalle regole sulle distanze³³.

Il dato giurisprudenziale, comunque, risulta ancora saldamente ancorato alla tradizionale bipartizione secondo la quale le distanze codicistiche sarebbero derogabili pattiziamente, mentre non lo sarebbero quelle previste nei regolamenti locali e negli strumenti urbanistici. In merito alla cosiddetta «cessione di cubatura», ossia a quel fenomeno in base al quale - attraverso strumenti negoziali e non - si attua il trasferimento in favore di un fondo di tutta (o parte del) la capacità edificatoria di un altro fondo, si riscontra in dottrina ed in giurisprudenza un panorama di opinioni connotato da una sconcertante disomogeneità.

Così, privilegiandosi l'aspetto pubblicistico si può giungere ad affermare che l'effetto del trasferimento della volumetria da un fondo ad altro contiguo si realizza e si esaurisce nell'ambito del procedimento amministrativo finalizzato al rilascio della concessione edilizia «maggiorata»³⁴.

³¹ Così A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit. 550 ed *ivi* a nt. 233 l'indicazione di conformi opinioni.

³² Cfr. G. PESCATORE, *Proprietà*, cit., sub art. 873, 285 n. 15.

³³ Cfr. U. MATTEI, *La proprietà immobiliare*, cit., 173.

³⁴ È questa, sostanzialmente, la tesi enunciata dalla Suprema Corte a Sezioni Unite con la decisione n. 4245 del 29.6.1981, *GI*, 1982, I, 685 con nota di F. Roselli, nella quale può leggersi: «il vincolo edilizio connesso al rapporto area-volume stabilito dall'art. 12 l. 6.8.1967, n. 765 (introduttivo dell'art. 41 *quinquies* l. 17.8.1942, n. 1150), o da disposizioni di strumenti urbanistici particolari, costituisce una limitazione amministrativa del diritto di proprietà scaturente ope legis dall'utilizzazione della licenza edilizia, senza necessità di strumenti negoziali privati, e, pertanto, quando il proprietario di un terreno voglia asservirlo a favore di un proprietario

Per converso, non mancano indicazioni - proprio della giurisprudenza amministrativa, che si presupporrebbe più sensibile all'aspetto pubblicistico – nel senso della necessità di strumenti negoziali privati (atto d'obbligo, convenzione trascritta)³⁵. Qui è evidente l'influenza che dispiega l'angolo visuale dell'interprete.

Nella giurisprudenza di legittimità in precedenza ricordata traspare già in nuce quell'orientamento - che troverà compiuta esposizione un decennio dopo - volto ad enucleare il cosiddetto *modulo convenzionale* nel procedimento amministrativo, nell'ambito rientrano anche le rinunzie dal privato in favore della P.A. al fine di ottenere il rilascio della concessione edilizia³⁶.

Ma l'aspetto che sembra rivestire maggiore interesse non è tanto la ricostruzione del rapporto con la P.A. nella ipotesi di utilizzazione delle volumetrie pertinenti ad un fondo limitrofo a quello oggetto di edificazione (la cui iscrizione ai cosiddetti moduli convenzionali appare persuasiva), quanto l'individuazione della natura giuridica da assegnarsi all'accordo che interviene tra il fruitore della maggior volumetria e colui che concede al primo il diritto di usufruire della volumetria pertinente al proprio fondo.

Intanto sembra opportuno sgombrare il campo un equivoco di fondo relativo alla possibilità di individuare una costruzione capace di applicazione indifferenziata a tutte le ipotesi. L'indiscutibile atipicità del fenomeno della cosiddetta cessione di cubatura non sembra consentire soluzioni capaci di regolare ogni ipotesi che la prassi negoziale dei privati ponga

finitimo, che intenda realizzare una cubatura maggiore di quella consentita dal suo solo terreno, non occorre un atto negoziale privato, diretto alla costituzione di una servitù o di altro vincolo giuridico fra le parti, bensì è sufficiente, non solo verso i terzi, ma anche inter partes, l'impegno del cedente verso la P.A. alla rinuncia ad utilizzare per sé la cubatura mancante al cessionario, manifestato attraverso l'adesione al progetto di quest'ultimo. Ricorrendo tale adesione - nella forma di preventivo impegno alla indicata rinuncia, seguito dall'effettiva rinuncia, o di dichiarazione alla P.A., senza un precedente impegno (per esempio, istanza congiunta o controfirma dell'istanza per la licenza edilizia) o, infine, di atto successivo di ratifica - sussistono i presupposti necessari al sorgere della limitazione in questione, ove la costruzione sia stata autorizzata e venga eseguita alle condizioni prescritte.

³⁵ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, 3.12.1984, n. 393, *TAR*, 1985,1,544; il Consiglio di Stato, per parte sua, oscilla tra l'affermazione che ai fini dell'asservimento di un'area la legge non esige forme particolari - C. St., Sez. V, 4.1.1993, n. 26, *FA*, 1993,119 - e quella secondo la quale si richiede che il negozio di trasferimento della volumetria abbia effetti reali e non obbligatori - C. St., Sez. V, 25.1.1988, n. 744, *RGE*, 1989, 1, 114; ma la dottrina avverte che si tratta di un *obiter dictum* non valorizzabile: così A. GALGANO, *op. ult cit*, 311, a nt. 117.

³⁶ In questo senso è particolarmente interessante Cass., 15.4.1992, n. 4572, *NGCC*, 1993, I, 163, la quale precisa che tali accordi non assumono autonoma rilevanza rispetto al provvedimento amministrativo, con la conseguenza che i presenti vizi ditali accordi non possono farsi valere con i mezzi di tutela utilizzabili con riguardo all'attività negoziale.

in essere.

In altri termini sembra preferibile anche in questo caso ammettere la possibilità di soluzioni differenziate a seconda della concreta fattispecie posta essere.

Ciò precisato, è tuttavia possibile individuare alcuni percorsi logici utili per la soluzione delle questioni che la prassi e l'autonomia negoziale dei privati è destinata a sollevare.

Intanto occorre osservare che la giurisprudenza ordinaria, che più volte si è occupata della questione ha offerto soluzioni che non appaiono appaganti in quanto per la maggior parte esse riguardano il problema della qualificazione della cosiddetta cessione di cubatura ai *fini* fiscali e risolvono il problema con motivazioni assai sbrigative³⁷.

Tuttavia, anche se la ricostruzione giurisprudenziale del fenomeno in termini di trasferimento di un diritto reale immobiliare (la cubatura, appunto) non è persuasivo, taluni obiter dicta della Suprema Corte sembrano meritevoli di attenzione.

È il caso, ad esempio, di quanto può leggersi nella motivazione di una non più recente decisione delle Sezioni Unite della Suprema Corte³⁸.

La corte, occupandosi di una fattispecie in cui la volumetria di un fondo gravata da un vincolo di modificabilità era stata utilizzata da altri senza il consenso del proprietario, ha avuto modo di affermare che «allorché un fondo sia gravato di una servitù che lo privi di possibilità edificatorie, i volumi edificatori correlati al fondo stesso restano nella disponibilità del proprietario del fondo, per cui è ben ipotizzabile la nascita di un'altra servitù a carico di tale fondo, il cui contenuto sia costituito dal peso determinato dal divieto (totale o parziale) di utilizzazione dei volumi edificatori inerenti al fondo servente e dalla corrispondente utilitas consistente nel maggior volume edificatorio del fondo dominante; resta corrispondentemente vietato ai proprietari dei fondi contermini di utilizzare a pro dei propri fondi i volumi edificabili del fondo contiguo senza il consenso del relativo proprietario».

La ricostruzione in termini di servitù del negozio di trasferimento di cubatura non è soltanto rinvenibile negli obiter dicta della giurisprudenza.

Tale orientamento, anzi, risulta sostenuto da notevole parte della dottrina, che argomenta in termini di servitù di non edificare «finalizzata» il cui peso sul fondo servente consiste non soltanto in un non fare (e cioè di non edificare in tutto o in parte) ma anche in un pari (e cioè sopportare l'edificazione «maggiorata» sul fondo dominante)³⁹.

³⁷ Per una critica serrata all'orientamento della giurisprudenza, ed in particolare a Cass., 14.12.1988, n.6807, edita in *NGCC*, 1989, I, 3568 con nt. di COSTANZA, cfr. GAMBARO, *op. cit.* 312 ss.

³⁸ Cass., SU., 20.12.1983, o. 7499, *GI*, 1985, I, 209 ss.

³⁹ In questo senso v. LIBERTINI, *I trasferimenti di cubatura*, Padova, 1992, 665; TENELLA SILLANI, «*I limiti verticali della proprietà fondiaria*, Milano, 1994, 606 ss.

Altra dottrina, partendo dalla persuasiva constatazione che il Contratto di trasferimento della volumetria si presenta come un contratto atipico, giunge ad una qualificazione in termini di contratto ad effetti meramente obbligatori, avente ad oggetto l'obbligo di cooperazione finalizzato al conseguimento della concessione edilizia «maggiorata»⁴⁰.

Secondo altri, ancora, valorizzandosi il contenuto dell'art. 952 c.c., il contratto di trasferimento della volumetria avrebbe l'effetto di creare una sorta di proprietà (legittimazione) superficiaria che si sostanzia in una servitù gravante sul fondo dell'alienante⁴¹, ove ampi riferimenti alla dottrina, ai quali si rinvia.

Non è questa la sede idonea per cercare di argomentare una teoria compiuta sulla questione in esame; tuttavia non può sottacersi che l'opzione tra le due teorie che astrattamente appaiono le più persuasive (servitù non aedificandi finalizzata; contratto avente ad oggetto obblighi di cooperazione) dipende in misura rilevante dalla diversa consistenza che si attribuisca al *jus aedificandi*.

Ove si ritenga che il *jus aedificandi* è una componente della proprietà immobiliare che si attinge diversamente a seconda dei rapporti (rispettivamente con la P.A., nei cui confronti sarebbe «affievolito», e con i privati, nei cui confronti sarebbe diritto soggettivo perfetto) l'opzione non potrebbe che essere per la qualificazione della cessione di volumetria quale servitù finalizzata o, come ipotizza la giurisprudenza di legittimità in talune pronunce, addirittura come bene oggetto del contratto; ove si privilegi l'aspetto pubblicistico, di pianificazione urbanistica, la scelta più razionale è certamente quella della qualificazione in termini di contratto obbligatorio avente ad oggetto l'obbligo di cooperare per l'ottenimento della concessione edilizia «maggiorata» dalla volumetria riferibile al fondo limitrofo, non interessato dalla costruzione.

10. Cenni sulle forme tradizionali di appartenenza e di godimento della proprietà immobiliare urbana; il condominio, il super-condominio; il consorzio tra proprietari, il leasing immobiliare; la locazione.

Qualsiasi discorso intorno alla proprietà immobiliare urbana non può prescindere da un cenno alle forme tradizionali di appartenenza e di godimento di essa e tuttavia esse formano oggetto, per la maggior parte, di specifica indagine e trattazione nelle pertinenti voci di questa opera.

Conviene allora limitarsi ad indicare taluni cenni alle linee della evoluzione della dottrina e

⁴⁰ È questa la tesi di A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1990, 101 ss. e *passim*; in questo senso sembra altresì orientato A. GAMBARO, *op. ult cit*, 317.

⁴¹ È questa la tesi di U. MATTEI, *La proprietà immobiliare*, cit., 191.

della giurisprudenza nelle materie considerate.

a) Il condominio. Il condominio, come è noto, è fenomeno giuridico tra i più indagati, specialmente nei suoi aspetti pratici, e tuttavia è dato raramente di rinvenire occasioni di approfondimento sistematico della materia, assai più complessa di quello che può apparire ad una superficiale lettura della fin troppo ampia messe di contributi disponibili⁴².

Profilo emblematico della complessità del fenomeno condominiale, è, ad esempio, quello relativo alla sua natura giuridica.

Non è in discussione, almeno nel nostro ordinamento e a differenza di quanto dispongono altre legislazioni quali quella francese olandese, che il condominio sia privo di personalità giuridica (ed infatti il condominio risulta estraneo alle previsioni dell'art. 12 c.c. sulle persone giuridiche private).

Non può peraltro escludersi che il condominio possa essere considerato centro di imputazione di rapporti giuridici e come tale dotato di una sua pur limitata soggettività: esso infatti agisce nel mondo del diritto attraverso il suo amministratore (art. 1131 c.c.) anche se la legge ha cura di precisare che la rappresentanza dell'amministratore è riferibile ai partecipanti al condominio e non a quest'ultimo in quanto tale. Non è questa la sede per illustrare le molteplici teorie che sono state proposte al fine di individuare la natura giuridica del condominio⁴³.

Può essere interessante ricordare, tuttavia, che la giurisprudenza - pur nella consapevolezza (esplicita o più spesso implicita) della opinabilità dell'argomento - suole individuare nel condominio un «ente di gestione» idoneo ad assumere obblighi e ad essere titolare di diritto ed ordinato alla conservazione delle parti comuni dell'edificio, ponendosi così, in qualche modo, quale soggetto distinto dalla somma di partecipanti ad esso⁴⁴.

⁴² La constatazione della insufficienza dell'approfondimento teorico della materia condominiale è opinione diffusa nella dottrina: v. F. GIRINO, *Il condominio: riflessioni generali de iure condendo*, RN, 1988, I, 579; dello stesso A., *Il condominio: bilancio della civilista e riforme legislative*, GI, 1988, IV, 325; M. DOGLIOTTI, *Verso un nuovo condominio*, GI, 1983, IV, 551; più in generale v. per un interessante approccio alla materia, U. VINCENTI, *La comunione residenziale*, Padova, 1995, passim. La insoddisfazione avvertita nel testo non si rivolge peraltro alla manualistica in tema di condominio, alla quale va dato atto dello spazio di inquadramento sistematico della materia.

⁴³ Su questo punto si rinvia, per tutti, alla accurata rassegna a cura di M. DOGLIOTTI e A. FIGONE, *Il condominio*, in *Trattato Bigiavi*, Torino, 1992, 11 sa.

⁴⁴ Cass., 13.2.1963, n. 274, in *Foro Pad.*, 1964, I, 454; ID., 22.7.1966, n. 2003, GC, 1966, I, 2135; ID., 11.11.1971, n. 3235, GI, 1971, I, 1, 282; ID., 6.12.1978, n. 5769; ID., 24.3.1981, N. 1720, RGE, 1982, I, 627; ID., 22.11.1986, n. 6881; T. Monza, 22.12.1988, in *Foro Pad.*, 1989, I, 359, con nt. di DE MICHELI, T. Milano, 20.2.1989, ALC, 1990, 557.

Sempre da un punto di vista generale deve rilevarsi che la disciplina assegnata al condominio con il recepimento nel codice civile del 1942 della normativa di cui al r.d. 15.1.1934, n. 56 (Disciplina dei rapporti di condominio sulle case) risente sensibilmente del mutato contesto socio-economico che è oggi assolutamente diverso da quello esistente oltre sessant'anni or sono.

In questa prospettiva da tempo la dottrina ha denunciato l'obsolescenza della normativa in materia, auspicando una profonda riforma⁴⁵.

L'intervento del legislatore è stato invece del tutto disorganico, come dimostra la sintetica elencazione dei provvedimenti che hanno inciso sulla normativa codicistica.

Mutuando da una delle più recenti indagini sulla materia, che ha il merito di un approccio di più ampio respiro rispetto alla maggioranza dei contributi⁴⁶ si possono elencare i seguenti interventi del legislatore: l'art. 6 della legge 22.12.1973, n. 841 e il successivo art. 10 della legge 27.7.1978, n. 392 implicitamente abrogativo del primo, volti ad attribuire al conduttore il diritto di partecipare e votare nelle assemblee di condominio limitatamente alle delibere relative alle spese e alle modalità di gestione dei servizi di riscaldamento e di condizionamento d'aria; l'art. 2 della legge 9.1.1989, n. 13 che consente di disporre le innovazioni dirette ad eliminare le barriere architettoniche con le maggioranze previste dall'art. 1136, 2° e 3° co. c.c. (la maggioranza degli intervenuti i quali debbono rappresentare almeno la metà del valore dell'edificio, in prima convocazione la maggioranza di un terzo dei condomini che rappresenti almeno un terzo del valore dell'edificio, in seconda convocazione), l'art. 9 della legge 24.3.1988 (n. 122 che sancisce la sufficienza delle maggioranze ora ricordate per l'adozione delle deliberazioni con le quali si disponga la realizzazione di parcheggi condominiali; l'art. 26 della legge 9.1.1991, n. 10 con cui si prevede che l'assemblea di condominio decida; maggioranza semplice in ordine alle innovazioni relative alla trasformazione dell'impianto di riscaldamento finalizzata al contenimento dei consumi energetici; l'art. 15 della legge 17.2.1992, n. 179 che consente alla maggioranza, purché rappresentativa di almeno la metà del valore dell'edificio, di disporre interventi di recupero dell'immobile condominiale. Rinviando, per l'analisi e l'approfondimento delle singole questioni connesse alla materia condominiale alle pertinenti voci di questa opera ed alle indicazioni di dottrina e giurisprudenza di cui alla nota bibliografica, non può non rilevarsi che l'inadeguatezza della normativa in tema di condominio a rispondere alle nuove esigenze sociali è dimostrata anche dalla proliferazione della litigiosità che si riflette in una antieconomica occupazione di istanze giurisdizionali che contribuiscono alla cronica crisi

⁴⁵ Sul punto v. M. BASILE, *Regime condominiale ed esigenze abitative. Contributo alla revisione del condominio negli edifici*, Milano, 1979.

⁴⁶ Cfr. U. VINCENTI, *Comunione residenziale*, cit., 5 Ss.

della giustizia civile.

Di qui l'esigenza, de jure condendo, di una sede alternativa per la composizione della micro-conflittualità in materia condominiale (pur con le difficoltà connesse al noto orientamento delle Corti costituzionale fortemente critico verso soluzioni che escludono il ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria: si pensi alla vicenda relativa agli arbitrati cosiddetti obbligatori in materia di contratti ad evidenza pubblica, che vengono via via espunti dall'ordinamento).

b) Il super-condominio. Per quanto concerne il super-condominio o condominio complesso deve rilevarsi nell'ultimo decennio un rinnovato interesse da parte della dottrina, che ha contribuito alla complessiva evoluzione della collocazione anche sistematica di tale istituto, noto alla prassi da molto tempo ma soltanto recentemente indagato con il necessario approfondimento.

Una ricognizione del fenomeno considerato, effettuata nei primi anni '80 può essere utilmente richiamata per documentare lo sviluppo della questione. In tale indagine si osservava quanto segue.

Il continuo evolversi delle tecniche di progettazione ed esecuzione dei complessi edilizi, finalizzato ad un sempre più razionale sfruttamento delle capacità edificatorie dei fondi urbani e caratterizzato da un accorpamento delle volumetrie in modo da consentire la realizzazione di ampi spazi di verde attrezzato, fruibili da parte della comunità insediata o addirittura destinati al pubblico uso, ha dato luogo alla creazione di complessi edilizi molto articolati, distinti in diversi corpi di fabbrica, più o meno dotati di autonomia strutturale, ma caratterizzati dalla presenza di una serie di opere e servizi comuni a tutto il complesso edilizio (impianti di riscaldamento, di condizionamento, parcheggi scoperti e coperti, locali di interesse comune, strade di accesso, impianti sportivi, ecc.).

La stessa disciplina urbanistica, con la introduzione dello strumento urbanistico attuativo costituito dal piano di lottizzazione (già previsto nella legge urbanistica fondamentale del 1942, ma meglio disciplinato dalla cosiddetta «legge ponte» n. 765 del 1967) volto alla realizzazione di un omogeneo assetto edilizio di una determinata zona di territorio comunale ad opera dei privati imprenditori, ha favorito la creazione di grandi complessi edilizi destinati alla vendita frazionata. Le leggi in materia di edilizia residenziale pubblica, a partire dalle fondamentali leggi n. 167 del 1962 e n. 865 del 1971, hanno contribuito alla realizzazione di volumetrie edilizie strettamente integrate e correlate fra loro.

La disciplina introdotta con il d.m. 2.4.1968, finalizzata alla necessaria previsione, contestualmente alla realizzazione dei nuovi complessi edilizi, di quantità minime di spazi attrezzati destinati alla fruizione collettiva (i cosiddetti standards urbanistici) ha sicuramente contribuito anch'essa ad evidenziare la problematica relativa alla gestione amministrativa dei complessi edificati.

In questo contesto si è imposto all'attenzione dei pratici, prima ancora che dei giuristi, il problema di una definizione terminologica, ma ancor più di una regolamentazione snella ed efficiente, del fenomeno considerato.

Si osservava, allora (1983), che il problema non sembrava essere stato affrontato (o meglio inteso) nella sua importante prospettiva^{46bis}.

Le osservazioni di allora erano le seguenti:

«La giurisprudenza che, per così dire, si occupa della patologia degli istituti giuridici piuttosto che della loro fisiologia, non ha (ancora) avuto modo di affrontare compiutamente il fenomeno considerato, forse anche a causa della relativa novità del problema, futuro largo spazio nei repertori di giurisprudenza in materia di comunione e condominio.

La dottrina, per parte sua, ha nella larga maggioranza, affrontato il problema in materia sporadica e disorganica, limitandosi a fuggevoli accenni.

Un recente e pregevole lavoro (G. TERZAGO, *Il condominio*, Milano, 1981) ha, fra gli altri, il merito di aver affrontato il problema, contribuendo positivamente ad una più approfondita analisi del fenomeno, anche negli aspetti più decisamente pratici, giungendo ad alcune conclusioni meritevoli di essere condivise, ed alle quali più volte faranno riferimento le annotazione che seguono.

Dal punto di vista terminologico, è appena il caso di accennare che la definizione di condominio complesso o super-condominio adottata dalla dottrina sembra meritevole di essere condivisa, in quanto individua chiaramente il fenomeno considerato.

Il punto nodale della questione consiste nel determinare quale debba essere la disciplina giuridica applicabile alle cose e servizi comuni ad una pluralità di edifici strutturalmente autonomi, tanto nell'ipotesi in cui la creazione di autonomi condomini sia stata effettuata ad origine da parte del costruttore-venditore; quanto nell'ipotesi in cui tale risultato sia stato raggiunto a seguito del frazionamento dell'originario condominio complesso in una serie di condomini autonomi (o sub-condomini).

È opinione comune che, de jure condito, gli istituti applicabili alla fattispecie non possano essere che, alternativamente, la comunione (art. 1100 ss. c.c.) ovvero il condominio (art. 1117 ss. c.c.).

Sul punto si assiste ad una singolare dicotomia nelle opinioni espresse dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Da un lato la dottrina (con la sola esclusione di G. Branca) sembra decisamente orientata verso l'applicabilità delle norme poste in materia di comunione v. TERZAGO, *Il condominio*,

^{46bis} T. GALLETTO, *Appunti sul condominio complesso o «super-condominio»*, RGE, 1983,11, 334.

Milano, 55s. e le opinioni *ivi* citate; ma v. allora Visco, *Le case in condominio*, Milano, 1976, 874 ss.; in argomento v anche BRANCA, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1972, *sub* art. 1119, 417 ss.).

Dall'altro lato, la giurisprudenza più spesso per obiter dicta, raramente ex professo sostiene l'applicabilità delle norme sul condominio degli edifici (in giurisprudenza per la verità piuttosto rara, v. *Cass.*, 11.6.1963, n. 1553, *MFI*, 1963, 454; *ID.*, 18.7.1963, n. 1964, *FI*, 1963, 1, 2125 con nt. critica di BRANCA; *ID.*, 26.1.1965, n. 147, *ivi*, 1965, I, 419, con nt. critica di BRANCA; *ID.*, 22.10.1974, n. 3033, *ibidem*, *Rep.*, 1974, V. «Comunione e Condominio», n. 34; *Id.*, 18.5.1975, n. 1695, *ibidem*, *Rep.*, 1975, v. cit., n. 10; *Id.*, 22.10.1976, n. 3763, *ibidem*, *Rep.*, 1976, v. cit., n. 108. Da ultimo, ha affrontato il problema ex professo, risolvendolo nel senso del testo, *Cass.*, 5.1.1980, n. 65, *FI*, 1980,1, 1370 con ampia nota di A. M. DRUDI. Nello stesso senso v. la recente *Cass.*, 16.3.1981, n. 1440, in *Giust civ. Mass.*, 1981, S62).

Unica decisione, peraltro di merito, favorevole alla applicabilità dell'istituto della comunione sembra essere A. Bologna, 22.6.1976, cassata con la citata sentenza della S.C., 5.1.1980, n. 65).

Dal punto di vista istituzionale, sono note le definizioni dei due fenomeni considerati. La comunione è normativamente definita come l'ipotesi in cui la proprietà o altro diritto reale spetta in comune a più persone (art. 1100 c.c.).

Il condominio, per converso, regola l'ipotesi in cui un edificio sia diviso per piani o porzioni di piano, appartenenti a proprietari diversi.

La differenza fra i due istituti, dei quali il secondo costituisce certamente una specificazione all'interno dello stesso genus, è da ascrivere principalmente al fatto che nella comunione (ad esempio di un edificio si presuppone che il bene appartenga nella sua interezza a più proprietari pro indiviso, mentre nel condominio il presupposto è che solo alcune parti siano in comune, mentre le altre appartengono ai singoli proprietari.

In altri termini, l'istituto del condominio è caratterizzato dalla divisione in senso orizzontale di un edificio, con la specificazione che la divisione è pro diviso. Le opposte tesi della dottrina e della giurisprudenza sull'applicabilità nel condominio complesso delle regole proprie della comunione ovvero di quelle del condominio possono essere brevemente assunte nei termini che seguono.

In dottrina a sostegno dell'applicabilità dell'istituto della comunione, si afferma che nell'ipotesi di cose o servizi comuni a più edifici autonomi strutturalmente non vi è una proprietà frazionata ma semplicemente in comune di un determinato bene o servizio. Si afferma inoltre che gli artt. 1117 ss. c.c. disciplinano unicamente il condominio in senso verticale e non quello orizzontale.

La normativa posta dal legislatore in materia di condominio non sembra lasciare adito a dubbi

sul fatto che l'amministrazione, l'assemblea e di riparto delle spese siano state dettate per il condominio in senso verticale, ove, come si è detto si hanno proprietà sovrapposte, appartenendo le diverse porzioni piano orizzontale a diversi proprietari (cfr. TERZAGO, *op. cit.*, 59; ma v., anche Visco, *op. cit.*, 874). La giurisprudenza, per contro, con la nota ed importante sentenza del Supremo Collegio, n. 65 del 5.1.1980 ha argomentato la perdurante applicazione delle norme sul condominio degli edifici sostenendo che il ricorso ad una disciplina speciale del condominio degli edifici è stato determinato da motivi di carattere obiettivo, data l'inadeguatezza delle regole generali della comunione a soddisfare le esigenze normative peculiari, le quali non ne consentono per alcuni aspetti, il puro e semplice inquadramento n regime della comunione.

Secondo la Corte, infatti: «tali caratteristiche sono state essenzialmente da ciò che le parti comuni negli edifici (art 1117 c.c.) sono strutturalmente congegnate in modo da servire all'utilizzazione dei piani o porzioni di piano o stabilimento destinate all'esercizio di servizi comuni e quindi pur sempre alla migliore utilizzazione dei piani o porzioni di piano. Di qui da un lato lo sfavore della legge per la divisione anche quando materialmente possibile (art. 1119 c.c.) dall'altro la sottoposizione della materia a una disciplina speciale, idonea a rendere quanto più agevole è possibile la regolazione dell'uso delle cose comuni e a consentire, in tal modo, di superare prevedibili motivi di conflittualità tra i partecipanti al condominio.

Essendo questa sostanzialmente, la finalità della speciale disciplina del condominio negli edifici, ne consegue che tale disciplina trova applicazione ogni volta che vi siano cose rientranti per la loro struttura destinazione fra quelle previste nell'art. 1117 c.c. a, nulla rilevando che i piani o porzioni di piano alla cui utilizzazione o migliore utilizzazione le cose servono siano compresi in un edificio unico o invece in parti di un edificio aventi caratteristiche di edifici autonomi (art. 61 disp. att.) e addirittura in edifici anche originariamente distinti...».

Le considerazioni sviluppate dalla Corte, che si uniformano ad una giurisprudenza poco nutrita, ma costante in tal senso, inducono a ritenere che difficilmente, almeno per il momento, la tesi che vuole applicabile alla disciplina delle cose e servizi possa trovare accoglimento in sede giurisdizionale».

Le conclusioni alle quali si giungeva allora (1983) erano le seguenti.

«Le annotazioni che precedono consentono, senza alcuna pretesa di completezza, di trarre una prima serie di conclusioni sulla disciplina giuridica del condominio complesso o supercondominio, fenomeno che impone per la sua attualità all'attenzione degli studiosi e che necessita indubitabilmente di essere sottoposto ad analisi ben più approfondite e rigorose, che esulano dai limiti di queste brevi note, la cui finalità principale è quella di stimolare un dibattito su un problema così sentito nella pratica e così raramente affrontato da dottrina e giurisprudenza. Un primo dato sembra emergere con chiarezza: la difficoltà di far rientrare negli angusti limiti della normativa posta dal codice civile in materia di condominio (ma

anche di comunione) un fenomeno così moderno quale è il super-condominio, sicuramente estraneo all'esperienza del codificato del 1942.

L'esperienza quotidiana suggerisce che non è possibile affrontare tematiche nuove che si prospettano in materia urbanistico-edilizia (il super-condominio, ma anche la multiproprietà o proprietà turnaria, i certificati di partecipazione, il leasing immobiliare, la gestione degli approdi nei porticcioli turistici ed altri analoghi fenomeni) con strumenti (e ideologie) frutto di esperienze giuridiche troppo lontane.

Emerge allora la necessità di un ripensamento della materia, che tenga conto delle mutate realtà e delle esigenze di funzionalità e snellezza dei meccanismi giuridici che, pur nel rispetto dei diritti soggettivi dei singoli, consenta una gestione semplice ed efficace delle nuove esperienze che affiorava nella pratica attuazione di grandi realizzazioni edilizie.

Sul piano pratico, le brevi analisi che precedono consentono di concludere che, nonostante le perplessità che permangono e le resistenze della giurisprudenza, la disciplina delle cose o servizi comuni ad una pluralità di edifici costituenti autonomi condomini debba essere quella posta dal codice in materia di comunione, non solo dal punto di vista logico ma anche (e soprattutto) dal punto di vista pratico, dal momento che la comunione sembra essere funzionale, pur nel rispetto dei diritti dei singoli partecipanti al super-condominio».

A distanza di oltre un decennio non può dirsi ancora risolto il dilemma tra l'applicazione al super-condominio della disciplina della comunione o quella del condominio.

L'ampia indagine contenuta in un recente contributo, invero, dimostra la sussistenza di oscillazioni anche nella giurisprudenza, un tempo saldamente ancorato all'opzione dell'applicabilità in ogni caso della disciplina condominiale⁴⁷. Anche la Suprema Corte ha recentemente deciso nel senso dell'applicabilità al super-condominio della disciplina in tema di comunione⁴⁸, ma la questione resta obiettivamente aperta, come dimostrano i tentativi anche recenti di argomentare in termini di coesistenza - nel fenomeno considerato - della duplicità dei regimi (della comunione e del condominio)⁴⁹.

⁴⁷ Cfr. M. DOGLIOTTI-A. FIGONE, *op. cit.*, 479 ss.; U. VINCENTI, *op. cit.*, 13 ss., ove ampi riferimenti bibliografici alle quali si rinvia per il necessario approfondimento.

⁴⁸ Cass., 20.4.1989, n. 2923, *RGE*, 989, 1, 859; *NGCC*, 1990, 1, 196 con nt. di BASILE, *GC*, 1990, 1, 1084, con nt di DE TILLA.

⁴⁹ Cfr. R. CORONA, *Il super-condominio - condominio negli edifici, complessi immobiliari ed edifici complessi*, Milano, 1985, 32, più recentemente lo stesso A. ha ulteriormente approfondito *la propria tesi in Riflessioni in tema di super-condominio*, in *Riv. Giur. Sarda*, 1993, 11, 493 e spec. 506 ess.

Recentemente la Suprema Corte si è nuovamente espressa per l'applicabilità al «super-condominio» della disciplina dettata in tema di condominio (Cass., sez. II, 28-9-1994, n. 7894 e 29.9.1994, n. 784.6, Rel. Corona, ALC, 1995, 1, 857 ss. Cofl nt. critica di E. DITTA, alla quale si rinvia per una persuasiva argomentazione della tesi della applicabilità della disciplina della comunione).

Anche nella specifica materia, così come più in generale si è osservato con riferimento alla disciplina del condominio, lo strumentano dell'interprete non sembra più adeguato alla realtà e rende necessaria una riforma (che potrebbe avere corso unitamente al recepimento della direttiva comunitaria in materia di multiproprietà).

c) Il consorzio residenziale. Il consorzio tra proprietario o consorzio residenziale, è la struttura tipicamente posta in essere nell'ambito della lottizzazione (per lo più aventi ad oggetto interventi turistico-ricettivi, ma non mancano esempi nell'ambito di piani di insediamenti produttivi) per la gestione e l'allocazione dei costi relativi alle infrastrutture comuni.

Si tratta di un fenomeno che non si esaurisce peraltro nella gestione dei beni comuni ai partecipanti, ma estende la sua influenza anche agli aspetti urbanistici, come autorevole dottrina ha ben chiarito⁵⁰.

La varietà dei modelli utilizzati dalla prassi non consente, come è ovvio, un tentativo classificatorio che abbia pretese di completezza.

Il punto nodale della questione connesso alla qualificazione di tali consorzi tra proprietari attiene alla individuazione della disciplina ad essi applicabile, che si sostanzia nell'alternativa tra comunione e associazione non riconosciuta (sia pure connessa ad obbligazioni *propter rem*).

Mutuando da una recente ricerca in argomento⁵¹ può osservarsi che al contrario di quanto è accaduto per la letteratura giuridica, in giurisprudenza, fin da epoca risalente, si è consolidata una posizione piuttosto netta nel senso di assimilare i predetti consorzi alle associazioni non riconosciute.

In uno dei casi meno recenti, controvertendosi circa la capacità di stare in giudizio di un consorzio tra proprietari per l'edificazione e ricostruzione delle rispettive proprietà, si afferma che a questo «appunto per la sua intrinseca natura di associazione non riconosciuta, è applicabile per analogia nei suoi confronti l'art. 36 cpv. del c.c., che attribuisce la legittimazione attiva a coloro che presiedono o dirigono l'associazione. Conforta tale interpretazione l'art. 75 ult. co., c.p.c.»⁵².

Si determinerebbe, in sostanza, una sorta di univocità tra l'art. 2613 c.c., che regola la rappresentanza in giudizio dei consorzi, e l'art. 36 c.c., attraverso i quali viene individuata la figura del sostituto processuale, i cui atti producono effetti direttamente nei confronti dei

⁵⁰ GALGANO, *Autodisciplina urbanistica*, *CeI*, 1985, 1, 575 ss.

⁵¹ I. CAVANNA, *Associazioni con struttura atipica*, *NGCC*, 1994, 1, 8 ss.

⁵² T. Novara, 19.4.1958, *FI*, 1958, 1, 1549.

soggetti per i quali il sostituto agisce. In sostanza, pur con l'uso di un diverso *nomen juris*, si resta sempre nell'ambito dell'associazione.

Nei primi anni Sessanta, è la Cassazione a pronunciare una decisione assai interessante per vari aspetti⁵³.

⁵³ Cass., 19-6-1962, n. 1556, *FI*, 1962, 1, 2, 1679. Confermandosi, in primo luogo, che l'ente in esame, nel caso concreto un consorzio irriguo, appartiene alla categoria delle associazioni non riconosciute, viene affermato che la partecipazione al consorzio deve essere limitata ai proprietari o possessori di fondi; corollario d'itale delimitazione è che questa ricade anche sul contenuto dei rispettivi diritti, in quanto il consorziato non ha diritto ad una determinata quantità d'acqua necessaria per irrigare i terreni di cui abbia la proprietà o il possesso, e sui quali è stato costituito il vincolo contrattuale.

Successivamente, si afferma, che, «anche se il consorzio è in effetti un'associazione di persone e non di beni, chi entra a farne parte vi partecipa proprio in quanto proprietario, o possessore del fondo, onde la qualità di partecipante viene meno con la cessione del fondo stesso, da cui il principio per cui poiché la *qualità* di partecipante ad un consorzio irriguo, e, quindi, il diritto all'utilizzazione delle acque sono inscindibilmente legati al possesso dei fondi siti nel perimetro destinato all'irrigazione, al proprietario del terreno irrigato originario concessionario e consorziato, non può unilateralmente sostituirsi, come partecipante al consorzio, con i relativi diritti ed obblighi, un imprenditore che d'itale acqua faccia oggetto di speculazione». La decisione, quindi, riveste importanza per due aspetti: da una parte si conferma l'atteggiamento che tende a qualificare questi enti come associazioni non riconosciute con le conseguenze che ne derivano, in merito alla disciplina applicabile; dall'altra, vengono individuati elementi eccentrici rispetto al modello associativo ai quali la disciplina medesima poco o nulla si attaglia, e per i quali è, necessario reperire altrove il regolamento normativo che ad essi inerisce.

La Cass., 16-2-1987, n. 4252, cit., affronta l'intero problema della qualificazione giuridica di detti consorzi, del loro rapporto con le associazioni non riconosciute e distinzione tra queste figure e quella della comunione.

Individuato il problema della tripartizione, generalissima, tra persone giuridiche, persone fisiche e soggetti collettivi non personificati che viene preferita alla bipartizione tra persone fisiche e persone giuridiche, la Corte rileva che la disciplina della associazione non riconosciuta consente di inquadrare tale figura nella categoria dei soggetti collettivi o gruppi non personificati.

Infatti il discrimine tra associazione non riconosciuta e comunione viene individuato nella funzione cui viene destinata la cosa comune, che è denotata dal mero godimento di questa nella comunione, mentre si caratterizza nella strumentalità al perseguimento dello scopo previsto nello statuto nell'associazione.

Questa qualificazione di associazione non riconosciuta, può, secondo il Collegio, assumere decisiva rilevanza ai fini del conferimento al presidente e vicepresidente del consorzio del potere di compiere atti di disposizione sui beni appartenenti al fondo consortile; in effetti, verrebbe esclusa l'operatività del principio dell'unanimità dei consensi statuito dall'art. 1108 in tema di comunione. Un'altra sentenza (T. Roma, 17-9-1980, *FI*, 1980, 1, 2591) presenta altri aspetti di particolare interesse; innanzitutto offre una definizione convincente dei consorzi in questione, affermando che trattasi di unioni di proprietari per l'esecuzione di opere e servizi interessanti i propri fondi, non diverse dai consorzi di bonifica, di miglioramento fondiario e per l'uso comune delle acque. Viene confermata, in seguito, l'assimilazione alle associazioni non riconosciute, che, in quest'ambito non può venire definita come piena.

In effetti vengono individuate due differenze fondamentali nei riguardi delle associazioni.

Da una parte, in queste, è presente una struttura di carattere aperto, caratterizzandosi quale uno degli elementi che maggiormente le distinguono la variabilità e mutevolezza dei membri, mentre nei consorzi in questione la

Assai interessante è il più recente orientamento della giurisprudenza di legittimità.

Una decisione del Supremo Collegio, da una parte, nega l'estensibilità al consorzio esaminato delle norme sui condomini, pur prestando questi molte analogie con l'istituto in questione; in quanto non sono altro che una forma di proprietà plurima, regolata esclusivamente da norme afferenti ai diritti reali, così che il carattere condominiale dell'immobile si evidenzia in quella stessa guisa di una *qualitas fundi* che segue il bene presso qualunque acquirente; dall'altra, a cagione di una più evoluta organizzazione nei confronti dei condomini, afferma l'appartenenza del predetto consorzio alla categoria delle associazioni, con la conseguente rilevanza della volontà dei singoli di appartenere all'ente sociale; pur ammettendo la possibilità di desumere tale volontà attraverso presunzioni⁵⁴.

La natura chiusa del rapporto, nel senso che non è configurabile il recesso del socio

struttura è rigidamente chiusa, poiché la partecipazione è riservata ai soli proprietari o possessori di terreni compresi nell'ambito consortile.

Dall'altra, viene evidenziato lo scopo economico perseguito dai consorzi stessi, ben diverso da quello riconducibile alle associazioni in senso stretto, questione sulla quale, in precedenza, si è ampiamente trattato.

Si afferma, in sostanza, l'applicabilità, oltre che delle regole previste dagli art. 36 e ss., di quelle proprie di altre figure che ai predetti consorzi sono particolarmente vicine, quali, ad esempio quelle sulla comunione, alle quali alcune delle norme sui concorsi fanno espresso riferimento (cfr. l'art.920 c.c., che compie un generale rinvio, a proposito dei consorzi idrici, alle norme stabilite per la comunione, salvo quanto previsto dagli arti 918 e 919).

Da queste premesse deriva, nel caso di specie, l'affermata validità di una clausola statutaria che esclude la possibilità di recesso per i consorziati senza che essi rinunzino ai diritti che spettano sulle opere comuni realizzate dal consorzio.

Pochi mesi dopo, si conferma quanto era stato deciso in precedenza, precisando che, se non vi è dubbio sulla natura associa riva del vincolo, è certo che in base allo scopo sociale esso vi considerato come un ente di gestione analogo a quello che si costituisce per la manutenzione delle cose comuni in regime di comunione, con la sostanziale differenza che, mentre l'ente di gestione condominiale esercita un'attività di mera manutenzione dei beni, il consorzio, come ente associativo, esplica un'attività più estesa di miglioramento e soprattutto di appostazione di «servizi» (T. Roma, 28-2-1981, FI, 1981, I, 2061, con nt. di LENER).

Viene ribadita, quindi, nell'ambito dei consorzi in questione, la necessità, al fine di partecipare al vincolo, di avere un titolo di natura reale, proprietà o possesso di un terreno inerente al consorzio, con la conseguenza che non risulta ammissibile recedere senza trasferire sterzi il diritto reale che ha determinato la partecipazione dall'associazione, questione che sembra essere uno degli elementi verso i quali la giurisprudenza dimostra la maggiore attenzione.

Peraltro, l'inconfigurabilità del diritto di recesso viene estremizzata, e diretta a svalutare ancora maggiormente l'aspetto del vincolo associativo in favore delle esigenze dell'organizzazione interna dell'ente (LENER, Nota, cit., 2061).

⁵⁴ Cass., 18.7.1984, n. 4199, GC, 1985, I, 72, con nt. di Russo. Da ultimo, ha confermato l'assoggettamento alle norme sulle associazioni non riconosciute il T. Rieti, 27.5.1992, FI, 1993, I, 258.

proprietario di un bene consortile senza l'alienazione del bene stesso è stata ribadita recentemente in giurisprudenza⁵⁵.

d) Il leasing immobiliare. Il leasing immobiliare, che è assai diffuso nella prassi degli imprenditori commerciali anche per ragioni fiscali, ed ha in comune con il leasing mobiliare la funzione di finanziamento e la struttura, vale a dire la concessione in godimento di un bene immobile acquistato o fatto costruire da concedente, con opzione per l'utilizzazione di acquistare la proprietà alla scadenza del periodo contrattuale⁵⁶.

Il fenomeno del leasing immobiliare - che pure necessiterebbe una adeguata normativa di iure condendo - solleva delicate questioni in ordine alla allocazione del rischio (ad esempio per l'ipotesi di perimento o incendio) a carico dei contraenti; i formulari contrattuali, peraltro, suppliscono alla mancanza di regole precostituite con l'introduzione di una minuziosa serie di clausole pattizie.

L'aspetto più delicato delle operazioni di leasing immobiliare, a parte i problemi connessi alla sua trascrivibilità ove sia di durata ultranovennale (ma su essa non dovrebbero sussistere dubbi, come rileva la dottrina)⁵⁷ riguarda quel sottotipo comunemente noto come sale and lease back, definito nella prassi italiana «leasing di ritorno», che risponde alle esigenze imprenditoriali di smobilizzo di capitali già investiti mediante la vendita di un bene immobile (normalmente strumentale all'impresa) ad una società di leasing che a sua volta concede in leasing venditore-utilizzatore⁵⁸.

Sono noti in proposito i dubbi sollevati in ordine liceità di siffatta operazione economica, dubitano da più parti, specialmente nella giurisprudenza di merito, della violazione del divieto del patto commissorio sancito dall'art. 2744 c.c.

Anche a seguito dei principi enunciati dalla Corte di cassazione a Sezioni Unite in tema di vendita garanzia sottoposta a condizione risolutiva, suscettibile di integrare frode alla legge (Cass. S.U., n. 1611/89 e 1907/89), la giurisprudenza di merito si è decisamente orientata nel senso di negare la liceità sale and lease back per violazione del divieto di patto

⁵⁵ Cass., 14.10.1992, in *Corr. Giur.*, 1993, 49, con commento di FUSARO, ed *ivi* ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

⁵⁶ In questo senso V. DE NOVA, «Leasing», *Digesto/civ.*, X, Torino, 490 Ss.; per una ricostruzione *sistematica* v. anche BUONOCORE, *Il leasing immobiliare*, RN, 1984, I, 1 ss.; GABRIELLI, *Considerazioni sulla natura del leasing immobiliare e loro riflessi in tema di pubblicità e di responsabilità civile*, RDC, 1994, 11, 277.

⁵⁷ Cfr. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, 277.

⁵⁸ *In argomento*, v. V. CARBONE, *Le peculiarità del lease back o sale and lease back*, in *Corr. Giur.*, 1995, 1365 Ss.

commissorio⁵⁹.

Sul punto è recentemente intervenuta la Suprema Corte, con una articolata decisione che ha motivatamente escluso che il lease back sia, di per sé, invalido, osservando che nel contratto di sale and lease back, con il quale una impresa commerciale o industriale vende un bene immobile di sua proprietà un imprenditore finanziario che ne paga il corrispettivo, divenendone proprietario, e contestualmente) cede in locazione finanziaria (leasing) alla stessa venditrice, che versa periodicamente dei canoni leasing per una certa durata, con facoltà di riacquistare la proprietà del bene venduto, corrispondendo al termine di durata del contratto il prezzo stabilito per il riscatto, la vendita ha scopo di leasing e non garanzia perché, nella configurazione socialmente tipica del rapporto, costituisce solo il presupposto necessario della locazione finanziaria inserendosi nella operazione economica secondo la funzione specifica di questa, che è quella di procurare all'imprenditore nel quadro di un determinato disegno economico di potenziamento dei fattori produttivi, liquidità immediata mediante l'alienazione di un suo bene strumentale, conservandone a questo l'uso con facoltà di riacquistarne la proprietà al termine del rapporto.

Tale vendita, ed il complesso rapporto atipico nel quale si inserisce, non è, quindi, di per sé, in frode al divieto di patto commissorio che, essendo diretto ad impedire al creditore l'esercizio di una coazione morale sul debitore spinto alla ricerca di un mutuo (o alla richiesta di una dilazione nel caso, di patto commissorio ab intervallo) da ristrettezze finanziarie, ed a precludere, quindi al predetto creditore la possibilità di fare proprio il bene attraverso un meccanismo che lo sottrarrebbe alla regola della par condicio creditorum, deve, invece, ritenersi violato ogni qualvolta lo scopo di garanzia non costituisca solo motivo, ma assurga a causa del contratto di vendita con patto di riscatto o di retrovendita, a meno che non risulti in concreto, da dati sintomatici ed obiettivi, quali la presenza di una situazione credito-debitoria preesistente o contestuale alla vendita o la sproporzione tra entità del prezzo e valore del bene alienato ed, in altri termini, delle reciproche obbligazioni nascenti dal rapporto, che la predetta vendita, nel quadro del rapporto diretto ad assicurare una liquidità all'impresa alienante, è stata piegata al rafforzamento della posizione del creditore-finanziatore, che in tal modo tenta di acquisire l'eccedenza del valore, abusando della debolezza del debitore(nella specie la Corte ha ritenuto la nullità di un contratto di sale and lease back nel quale il finanziatore acquirente del bene versava solo la metà del prezzo concordato, depositando la rimanente somma presso un notaio a garanzia del corrispettivo del leasing dovuto dall'imprenditore venditore)⁶⁰.

⁵⁹ Cfr. A. CAGLIARI, 3.3.1993, *GCo*, 1994, 11, 662; T. Genova, 30.1.1992, *ivi*, 1993, 11, 427; T. Verona, 15.12.1988 e T. Vicenza, 12.7.1988, entrambe *FI* 1898, 1, 1251 con nt. di SIMONE, *Lease back: cronaca di una morte annunciata*.

⁶⁰ Cass., sez. III, 16.10.1995, n. 10805, in *Corr. Giur.*, 1995, 1360 con la citata nt. di V. CARBONE.

Come ha osservato la dottrina⁶¹ i giudici di legittimità respingono la tesi di assoluta invalidità del contratto di lease back, e facendo propri gli argomenti addotti da una corrente dottrinale ormai consolidata, distinguono tra lease back «pulito» o «normale» rispetto ad uno «fraudolento» o «anomalo», considerando il primo un contratto atipico, perfettamente valido, perché la vendita non assume una funzione di garanzia, mentre il secondo è illecito, ove in concreto risulti provato l'intento fraudolento delle parti di convenire, dietro il paravento del lease back, un mutuo assistito da garanzia reale, certamente non in armonia con il principio sancito dall'art. 2744 c.c. Questo tipo di soluzione si coniuga sia con la ratio del divieto del patto commissorio, sia con la precedente giurisprudenza sulla nullità della vendita a scopo di garanzia⁶².

Anche alla luce di quanto accennato in precedenza emerge comunque con forza l'esigenza di una normativa che regoli la materia, così come da tempo auspica la dottrina⁶³.

e) La locazione. Per quanto concerne la locazione infine, forse la più tipica delle forme di godimento degli immobili, non è in questa sede possibile organizzare un discorso organico, sembrando per converso più opportuno il rinvio alla pertinente voce di questa opera.

Un cenno merita tuttavia, il recente orientamento del legislatore che ha introdotto (semberebbe limitatamente alle locazioni abitative, ma il testo è davvero oscuro) la cosiddetta disciplina dei patti in deroga alla disciplina della legge n. 392 del 1978⁶⁴. Tale intervento sembra preludere ad una riforma del sistema della cosiddetta legge sull'equo canone del 1978 che nulla ha risolto per quanto concerne il mercato delle locazioni urbane, se non alimentare un imponente contenzioso: l'auspicio è che il timido tentativo di allargare le maglie di una disciplina vincolistica che non ha raggiunto lo scopo per cui venne introdotta abbia davvero l'effetto di sollecitare una seria riforma del settore, attenta al dato economico e conseguentemente al mercato reale (e non virtuale, solo immaginato) e che contempra anche una coordinata disciplina fiscale non impeditiva di ogni sviluppo del mercato delle locazioni.

11. La circolazione degli immobili urbani e la prelazione urbana.

Nell'ambito delle ipotesi di prelazioni legali che sono capaci di incidere sulla circolazione

⁶¹ CARBONE, *op. cit.*, 1368.

⁶² Nello stesso senso v. altresì BUONOCORE, «Leasing» in *NN.D.I., App., IV.* Torino, 1983, 809; CLARIZIA, *Causa di finanziamento e lease back a proposito dell'ultima Cassazione e della prima commissione tributaria*, in *Riv. IL Leasing*, 1991, 3; LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, *RDC*, 1990, 1, 240.

⁶³ Cfr. DE NOVA, *op. cit.*, 491.

⁶⁴ Art. 11 d.l. 333 del 1992, modificato della l. di conversione n. 359 del 1992, sul quale V. SFORZA FOGLIANI, *ALC*, 1992,482 ss.; ALPA, *ALC*, 1994,1

degli *immobili* urbani la cosiddetta prelazione urbana, e cioè - secondo la definizione ritraibile in dottrina - la preferenza nell'acquisto accordata al conduttore di immobili urbani adibiti ad attività economiche (industriali, artigianali, commerciali in senso stretto, di interesse turistico, ma, più in generale, d'impresa nonché di lavoro autonomo), nei quali il conduttore (titolare di tali attività) intrattenga contatti, immediati e diretti, con il pubblico degli utenti e dei consumatori⁶⁵.

Si osserva in proposito in dottrina, con argomentazioni pienamente condivisibili, che «con la prelazione urbana, segnatamente quella ex art. 38, legge n. 392 del 1978- di vista e frequente applicazione, tale, al limite, da interessare chiunque, o come obbligato, o come preferito, o magari come terzo, tutti, in varia misura, essendo ormai interessati al commercio e alla circolazione di immobili urbani non abitativi - l'istituto della prelazione legale abbia perduto ulteriormente, e forse definitivamente, quella aureola di specialità ed eccezionalità che l'aveva a lungo contraddistinta; e che, in definitiva, vedeva, come sole figure emergenti, il retratto successorio, da un lato, la prelazione artistica, dall'altro lato.

Anche nella prelazione urbana, infatti, si nota ulteriormente come una serie di prerogative del soggetto preferito non si ricollegano a lui in quanto soggetto pubblico, ma anche quale privato; e, nell'ambito del diritto privato strettamente inteso, non solo in quanto comproprietario o compartecipe, ma anche quale imprenditore titolare di un contratto di scambio, rientrando nello schema della locazione. Tale contratto, va ricordato ancora una volta, comportando una scissione, sia pure di tipo obbligatorio e non reale, tra proprietà del bene e suo godimento - godimento peraltro connesso intimamente col bene, la sua natura, la sua posizione induce l'ordinamento a creare incentivi e strumenti per riunificare nelle stesse mani appunto proprietà e godimento, al fine dell'ottimizzazione dell'utilizzo.

E, ancora una volta, la prelazione urbana - che non esorbita certo dallo schema della prelazione propria - vuole premiare chi è portatore, verso l'immobile, del maggiore interesse e della più dinamica iniziativa, essendo disponibile a investire la propria forza economica; ciò nel pieno rispetto della parità di condizioni e quindi con l'imposizione al proprietario (locatore) di un peso essenzialmente strumentale e procedimentale, non sostanziale e finale.

Anche la prelazione urbana, in sintesi, rivela in pieno la sua natura di strumento di organizzazione e concentrazione dei beni; tale quindi da cedere, ad es., quando si contrappongono analoghe finalità organizzative e di concentrazione, ritenute peraltro meritevoli di una tutela prevalente; così accade anche nella prelazione agraria ad es. in caso di destinazione edificatoria del fondo»⁶⁶.

Molteplici sono i profili sollevati dalla normativa sulla prelazione urbana introdotta dall'art. 38 legge n. 392 del 1978, come è fatto palese da una ragionata rassegna degli orientamenti

⁶⁵ M. BERNARDINI, *La prelazione urbana fra diritto comune e leggi speciali*, Padova, 1988, 71.

⁶⁶ M. BERNARDINI, *op. cit.*, 74.

della Suprema Corte che, in epoca relativamente recente, è stata pubblicata⁶⁷.

Le questioni spaziano dall'ambito di operatività della normativa in tema di prelazione, alle modalità del suo esercizio, alla estensione o meno del diritto di prelazione al sub-conduttore, alla ammissibilità o meno della prelazione nell'ambito di procedure concorsuali, alla esclusione della prelazione in caso di vendita in blocco dell'intero edificio, ovvero in caso di cessione del pacchetto azionario della società proprietaria (anche) dell'immobile locato.

Non è possibile in questa sede approfondire i vari aspetti che si sono elencati e risulta conseguentemente d'obbligo il rinvio alla menzionata, esaustiva rassegna.

12. Gli atti traslativi di immobili urbani e le nullità urbanistiche.

a) L'evoluzione dell'ordinamento. L'esame dell'evolversi dell'ordinamento rispetto alle vicende che attengono alla circolazione giuridica degli immobili abusivi e dei terreni abusivamente lottizzati consente di rilevare che la legislazione in materia ha compiuto un percorso connotato da una certa ambiguità. Dalla sostanziale indifferenza dell'ordinamento rispetto alla circolazione degli immobili abusivi e dei terreni abusivamente lottizzati che ha caratterizzato il periodo storico che va dall'entrata in vigore della legge fondamentale urbanistica del 1942 all'emanazione della cosiddetta legge ponte del 1967 si è giunti al proliferare di divieti normativi, introdotti dalla più recente legislazione, non tutti adeguatamente modulati rispetto alle vicende che intendevano disciplinare.

La «nullità» comminata dalla legge n. 765 del 1967 relativamente agli atti di alienazione di terreni abusivamente lottizzati era di natura formale e non sostanziale, in quanto la sola menzione dell'inesistenza di una lottizzazione autorizzata consentiva di assicurare la validità dell'atto di compravendita.

Ancora, la formulazione della norma proibitiva deponiva implicitamente ma chiaramente nel senso che non di nullità il legislatore intendesse argomentare, sebbene di una sorta di annullabilità, azionabile soltanto da parte dell'acquirente dei terreni abusivamente lottizzati ignaro dell'illecito urbanistico, e per converso non denunciabile da parte del venditore né rilevabile d'ufficio.

In questa prospettiva più volte la Corte di cassazione ha avuto modo di enunciare che il venditore non era legittimato ad invocare la «nullità» di cui all'art. 10 della legge n. 765 del 1967.

In senso sostanzialmente analogo a quello illustrato in precedenza rispetto alla circolazione giuridica dei terreni abusivamente lottizzati ha disposto l'art. 15 della legge n. 10 del 1977

⁶⁷ Cfr. S. GIOVE, *La prelazione del conduttore di immobili urbani*, NGCC, 1991, II, 183 ss.

con riferimento questa volta - alla circolazione giuridica di edifici (o parti di essi).

L'ipotesi di «nullità» introdotta dalla richiamata norma, infatti, è ancora caratterizzata dalle ambiguità che connotavano la disposizione di cui all'art. 10 della legge n. 765 del 1967.

Vi è ancora prevalenza della forma sulla sostanza, in quanto la menzione nell'atto di compravendita dell'immobile abusivo della mancanza di concessione edilizia esclude la nullità dell'atto: la norma, di conseguenza, protegge l'acquirente ignaro dell'illecito urbanistico, ma non scoraggia l'abusivismo.

Anche in questo caso ritornano applicabili gli orientamenti giurisprudenziali in precedenza riferiti e quindi deve escludersi da un lato che la nullità della vendita per mancanza di concessione edilizia possa essere fatta valere dal venditore e, da altro lato, che tale nullità possa esser rilevata d'ufficio.

In questa prospettiva non sembra ipotizzabile una vera e propria nullità, ma semmai un'ipotesi di annullabilità sui generis del contratto di compravendita interessante l'immobile abusivo.

Soltanto con l'entrata in vigore della legge n. 47 del 1985 si assiste ad un salto di qualità.

L'ordinamento prende atto che la tipica attività di polizia edilizia non è sufficiente alla dissuasione dell'abusivismo edilizio ed urbanistico ed incide, pertanto, sugli aspetti economici degli interessi in gioco, enucleando il concetto di in commerciabilità degli immobili abusivi e dei terreni abusivamente lottizzati.

Le «nullità» di cui agli artt. 17 e 18, 40 e 41 della legge n. 47 del 1985 si avvicinano, salvo quanto di dirà, alla categoria delle nullità civilistiche di cui all'art. 1418 c.c. e prevedono altresì una nuova categoria di controllori qualificati (i notai).

Anche il momento della fruizione dell'immobile abusivo è colpito dall'ordinamento in misura più incisiva che in passato.

L'erogazione di servizi pubblici è vietata non soltanto per la costituzione di immobili abusivi (ipotesi già considerata dall'art. 15 ult. co. della l. n. 10 del 1977), ma si prevede anche la nullità dei contratti di somministrazione se da essi non risultino le indicazioni della concessione edilizia (anche in sanatoria) ovvero se non vi sia un'utenza anteriore alla legge n. 47 del 1985 (art. 45 della menzionata legge).

b) Coincidenze e caratteristiche differenziali nella disciplina relativa alla compravendita di edifici ovvero di terreni abusivamente lottizzati. Esaurito il rapido cenno all'evolversi dell'ordinamento in merito alla disciplina della circolazione giuridica degli immobili abusivi, occorre indagare se vi sia coincidenza o meno della normativa nelle diverse ipotesi di circolazione di edifici (o parte di essi) abusivi e di immobili abusivamente lottizzati.

L'esame della normativa vigente sino al 1995 consentiva di rilevare la sussistenza di rilevanti differenze tra le due ipotesi sopra indicate.

In ordine al trasferimento di edifici (o porzioni di essi) le norme disponevano da un lato la nullità del contratto se da esso non risultavano gli estremi della concessione edilizia ovvero se ad essi non era allegata copia autentica della richiesta di concessione in sanatoria, ma, da altro lato, consentivano una sorta di salvataggio della validità dell'atto, mediante un «atto di conferma» anche unilaterale dal quale risultasse che il titolo abilitativo alla costruzione esisteva al momento dell'atto di vendita, anche se di esso non vi era menzione nell'atto stesso.

Per quanto riguarda la circolazione dei terreni, invece, l'ordinamento prevedeva che - a pena di nullità - venisse allegato all'atto di vendita il certificato di destinazione urbanistica dei terreni oggetto del contratto, senza consentire alcuna ipotesi di salvataggio della validità dell'atto mediante dichiarazioni successive che sanino la mancata allegazione del documento amministrativo imposto dalla legge.

Sul punto, tra l'altro, si registrava in giurisprudenza un orientamento assai rigoroso, essendosi recentemente deciso che: «in materia di validità degli atti di alienazione o divisione di immobili, l'art. 18 legge 28.2.1985, n. 47, prescrivendo, sotto pena di nullità l'allegazione del certificato di destinazione urbanistica e stabilendo che lo stesso conserva validità per un anno dalla data del rilascio se, per dichiarazione dell'alienante o condividente, non siano intervenute modificazioni degli strumenti urbanistici, configuri tale dichiarazione come elemento essenziale di validità del certificato fino alla scadenza del detto termine - da considerare perentorio - di un anno con esclusione della sua fungibilità da una situazione di fatto di reale conformità del contenuto del certificato dell'effettiva destinazione urbanistica dell'area; ne consegue che la carenza della dichiarazione integra una situazione del tutto equivalente quella di mancata allegazione del certificato ed ugualmente sanzionata con la nullità dell'atto, senza che rilevi in contrario l'esser stato questo stipulato ai fini di cessione al demanio dello Stato di terreni per i quali sia stata intrapresa procedura espropriativa e, quindi, ai fini di sostituzione della medesima⁶⁸.

c) L'ambito della tutela offerta al contraente ignaro dell'abuso. Una riflessione in ordine all'ambito della tutela che l'ordinamento vigente sino al 1995 offriva rispettivamente all'acquirente di immobile abusivo o di terreni abusivamente lottizzati appare utile.

Qui occorre distinguere, innanzi tutto, la condizione dell'acquirente consapevole dell'abuso da quella dell'acquirente ignaro, ed ancora - con specifico riferimento alla compravendita di unità immobiliari - il periodo storico in cui l'atto di alienazione abbia avuto luogo.

L'evolversi dell'ordinamento, come in precedenza si è evidenziato, impone infatti soluzioni differenziate avuto riguardo alla disciplina applicabile alla fattispecie per ragioni temporali.

Con riferimento alla disciplina degli atti stipulati anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 10 del 1977 la giurisprudenza è orientata ad escludere la sussistenza in capo all'acquirente ignaro dell'abuso edilizio di una autonoma azione diretta a far valere la nullità

⁶⁸ Cass., 23.10.1992, n. 11568.

e l'annullabilità del contratto, diversa dai generali rimedi apprestati per l'inadempimento contrattuale.

Si ferma infatti che «prima dell'entrata in vigore della legge 28.1.1977, n. 10 che all'art. 15 ha sancito la nullità degli atti di trasferimento di immobili costruiti senza concessione edilizia, ove dall'atto stesso non risulti che l'acquirente sia a conoscenza della mancanza della concessione, nessuna norma sanciva espressamente l'invalidità di quei rapporti o l'incomerciabilità di quelle costruzioni, né la nullità della compravendita poteva ritenersi sotto il profilo della illiceità dell'oggetto del contratto, in quanto oggetto della compravendita è il trasferimento della proprietà della cosa, la quale in sé non è suscettibile di valutazione in termine di liceità, questa qualificazione attingendo all'attività di produzione oggetto del rapporto di compravendita. L'abusività della costruzione poteva, invece, venire in rilievo soltanto in termini di insufficienza della prestazione di trasferimento, per la possibilità di evizione totale o parziale o di impedimento dell'uso della costruzione per difetto di abitabilità o agibilità, e quindi trovare il suo rimedio e la sua sanzione nella generale disciplina dell'inadempimento contrattuale, a tutela e su iniziativa del soggetto che, ignaro dell'abusività, al momento della stipulazione del contratto, ne avesse subito pregiudizio⁶⁹.

All'acquirente ignaro dell'abuso era peraltro concessa tutela ex art. 1489 c.c., ritenendosi che «in ipotesi di compravendita di costruzione realizzata in difformità della licenza edilizia (nella specie, per la trasformazione di una soffitta in locali abitabili), non è ravvisabile un vizio della cosa, non vertendosi in tema di anomalie strutturali del bene, ma trova applicazione l'art. 1489 c.c., in materia di oneri e diritti altrui gravanti sulla cosa medesima, sempre che detta difformità non sia stata dichiarata nel contratto o comunque non sia conosciuta dal compratore al tempo dell'acquisto ed altresì persista il potere repressivo della pubblica amministrazione (adozione di sanzione pecuniaria o di ordine di demolizione tanto da determinare deprezzamento o minore commerciabilità dell'immobile. Nel concorso di tali condizioni, pertanto, deve riconoscersi all'acquirente la facoltà di chiedere la riduzione del prezzo, ancorché l'amministrazione non abbia ancora esercitato detto potere repressivo (salvo restando, per il caso in cui venga impartito ed eseguito l'ordine di demolizione, l'operatività delle disposizioni degli artt. 1483 e 1484 c.c. circa l'evizione totale o parziale)»⁷⁰.

A maggior ragione doveva escludersi, con l'eccezione della garanzia per evizione, una tutela in favore dell'acquirente consapevole dell'abuso edilizio. Infatti, sempre prima del 1977, «la vendita di appartamenti privi di licenza edilizia e di licenza di abitabilità non costituisce vendita di 'aliud pro alio', né dà luogo a garanzia per oneri gravanti sulla cosa o per evizione, nel caso che i compratori conoscessero il difetto delle anzidette licenze; e neppure fa sorgere

⁶⁹ Cass., 26.4.1984, n. 2631: negli stessi termini v. Cass., 26.6.1990, n. 6466.

⁷⁰ Cass., 23-10-1991, n. 11218.

nel venditore l'obbligo di restituire il prezzo e rimborsare le spese al compratore, obbligo previsto per il caso che l'evizione intervenga quando sia stata esclusa la relativa garanzia, se la demolizione dell'immobile non sia stata ordinata ed anzi appaia definitivamente scongiurata»⁷¹.

Ancora più recisamente si è affermato in giurisprudenza che l'irregolarità edilizia della cosa venduta, nota all'acquirente non produce la nullità del contratto per illiceità o impossibilità dell'oggetto né consente la risoluzione della vendita ai sensi dell'art. 1489 c.c.⁷², con l'ulteriore corollario secondo il quale «il promissario acquirente di un fabbricato, il quale abbia espressamente accettato, col contratto preliminare, i rischi connessi al fatto di essere stato il fabbricato stesso costruito senza licenza (ora concessione) edilizia, non può giustificare il proprio inadempimento dell'obbligazione di pagare il residuo prezzo entro il pattuito termine essenziale con l'avvenuto sequestro penale dell'edificio e con il conseguente pericolo di abbattimento del medesimo»⁷³.

Una disciplina parzialmente diversa era invece prevista, già prima dell'avvento della legge n. 10 del 1977, nell'ipotesi di acquisto di terreni abusivamente lottizzati, in quanto sin dal 1967 l'ordinamento accordava all'acquirente ignaro dell'abuso l'azione di nullità (che si è visto essere più vicina a quella di annullamento), mentre non era ovviamente prevista alcuna tutela a favore dell'acquirente consapevole della lottizzazione abusiva.

Successivamente all'entrata in vigore della legge n. 10 del 1977 all'acquirente ignaro dell'abusività dell'edificio (o porzione di esso), o più esattamente della mancanza di concessione edilizia che abilitasse all'edificazione, era concessa di esperire anche azione di nullità della compravendita, fermo restando che tale azione non era concessa al venditore (consapevole dell'abuso), né la nullità era rilevabile ex officio. Disciplina ancora una volta parzialmente diversa era prevista, ai sensi della legge n. 10 del 1977, in ipotesi di acquisto di terreno abusivamente lottizzato, affermandosi in giurisprudenza che «l'art. 17 della legge 28-1-1977, n. 10, nel sanzionare penalmente il trasferimento frazionato di singole quote di terreno, in mancanza di una lottizzazione autorizzata, non comporta sotto il profilo degli effetti negoziali civili la nullità incondizionata degli atti, bensì introduce, nei confronti del venditore obbligatosi a procedere al frazionamento del fondo, una causa di impossibilità giuridica, successiva alla stipulazione del contratto, ad assolvere tale onere.

Pertanto tale norma, che ha carattere innovativo, non determina, con riguardo a contratto preliminare stipulato anteriormente alla sua entrata in vigore l'invalidità di esso, ma preclude l'accoglimento della domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto,

⁷¹ Cass., 15.11.1978, n. 5272, RGE, 1979, I, 291.

⁷² Cass., 6.12.1984, n. 6399, RGE, 1985, I, 216.

⁷³ Cass., 31.3.1987, n. 3100.

non potendo la sentenza sostitutiva del giudice realizzare un assetto negoziale oramai vietato dalla legge penale, all'evidente scopo di tutelare l'interesse generale alla repressione dell'abusivismo edilizio»⁷⁴.

Soltanto con l'avvento della legge n. 47 del 1985 - come in precedenza si è evidenziato - si è giunti ad affermare la nullità *ope legis* (e quindi rilevabile anche *ex officio*) degli atti traslativi della proprietà di immobili edificati senza concessione, nonché della nullità di medesimi atti in mancanza della allegazione degli estremi della concessione o della richiesta di concessione in sanatoria - salva in quest'ultima ipotesi la «conferma» anche unilaterale della validità dell'atto documentandosi l'esistenza della concessione non menzionata nell'atto stesso. Per i terreni, come si è detto, era invece prevista, a pena di nullità insanabile, l'allegazione all'atto di acquisto del certificato di destinazione urbanistica ad essi relativo, e non era possibile alcuna conferma della validità dell'atto nemmeno documentandosi la regolarità urbanistica dell'operazione, poiché si trattava di una nullità documentale, che si perfezionava con la mancata allegazione della documentazione imposta dalla legge.

d) I recenti interventi di incentivazione dell'attività edilizia e di semplificazione amministrativa. Negli ultimi due anni si sono registrati incisivi interventi nella materia urbanistica: da un lato l'art. 39 della legge n. 724 del 3.12.1994 ha esteso alle costruzioni realizzate sino al 31.12.1993 la possibilità di conseguire - a certe condizioni - la sanatoria di cui alla legge n. 47 del 1985; da altro lato vi è stato un susseguirsi di decreti-legge, non convertiti, finalizzati alla semplificazione dei procedimenti urbanistici ed edilizi.

In quest'ultimo ambito, a partire dal d.l. 27.3.1995, n. 88, non convertito, e nella successiva reiterazione (da ultimo con d.l. n. 30 del 1996), si è prevista una sostanziale equiparazione della disciplina relativa alla compravendita enunciata in precedenza sub lett. b).

Più precisamente, tutti i provvedimenti assunti con decretazioni d'urgenza dal 1995 in poi prevedono l'aggiunta di un comma all'art. 18 della legge n. 47 del 1985 a mente del quale gli atti di trasferimento per atto tra vivi di terreni, ai quali non sono stati allegati i certificati di destinazione urbanistica, possono essere confermati anche da una sola delle parti, o aventi causa, mediante atto redatto nella stessa forma del precedente al quale sia allegato un certificato urbanistico riferito alla disciplina vigente al momento della stipulazione dell'atto da confermare. Anche con riferimento alla compravendita di terreni, conseguentemente si prevede - salve modifiche in sede di convenzione in legge - quella forma assai ambigua di sanatoria della nullità dell'atto costituita dalla «conferma» anche unilaterale, nel senso sopra precisato.

⁷⁴ Cass., 6.6.1989, n. 2747.

13. Nuovi modelli di proprietà immobiliare urbana: la proprietà superficaria nell'edilizia residenziale pubblica e i posti auto nella disciplina codicistica e nella legislazione speciale.

Le leggi di riforma dell'edilizia economica e popolare (principalmente, per quanto interessa in questa sede, l. 18.4.1962, n. 167, l. 22.10.1971, n. 865 e l. 5.8.1978, n. 457) nell'introdurre nel nostro ordinamento urbanistico strumenti di pianificazione di secondo grado finalizzati a consentire la realizzazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica ovvero di edilizia agevolata o convenzionata (i cosiddetti piani di zona per l'edilizia economica e popolare) hanno valorizzato un istituto codicistico sino ad allora non frequentemente utilizzato dalla prassi.

Si tratta del diritto di superficie, disciplinato in via generale dagli artt. 952-956 del codice civile, nel cui ambito è stata consentita la realizzazione in diritto di superficie, appunto, di edifici di edilizia economica e popolare.

Più precisamente l'art. 10 della legge n. 167 del 18.4.1962, come modificato dall'art. 35 della legge 22.10.1971 n. 865 disciplinava il procedimento per la concessione in diritto di proprietà, ovvero in diritto di superficie, in quest'ultimo caso per un periodo non inferiore a 60 e non superiore a 99 anni (salva l'ipotesi di concessione ad enti pubblici per la realizzazione di impianti e servizi pubblici che è a tempo indeterminato), delle aree inserite nei piani di zona per l'edilizia economica e popolare.

Gli aspetti della richiamata normativa che più specificamente interessano la materia civilistica - essendo gli altri tendenzialmente riferibili alla materia urbanistica - riguardano i limiti al potere di disposizione sul bene realizzato in diritto di superficie.

I commi da 15 a 19 dell'art. 35 della legge n. 865 del 1971 (che ha sostituito il testo dell'art. 10 della l. n. 167 del 1962) nel disciplinare la concessione in diritto di proprietà delle aree ricomprese nei piani di zona, ponevano rilevanti limiti al potere di disposizione del proprietario, ed in particolare ponevano il vincolo della inalienabilità dell'alloggio per un periodo di 10 anni dalla data del rilascio del certificato di abitabilità o in sua mancanza dalla data di ultimazione dell'alloggio. La prassi amministrativa, ancorché la legge non lo prevedesse, estendeva tali limiti anche agli immobili realizzati nell'ambito del diritto di superficie.

In epoca recente sono state introdotte nell'ordinamento rilevanti modificazioni che hanno attenuato tali vincoli.

Per effetto dell'art. 23 della legge 17.2.1992 n. 179 (Norme per l'edilizia residenziale pubblica) i vincoli posti in ordine alla alienabilità degli alloggi realizzati nell'ambito dei piani di zona sono stati attenuati, prevedendosi da un lato l'abrogazione dei commi da 15 a 19 dell'art. 35 della legge 22.10.1971, n. 865, e, da altro lato che a decorrere dalla data di entrata in vigore della menzionata legge gli alloggi di edilizia agevolata possono essere alienati o

locati, previa autorizzazione della Regione, quando sussistono gravi e sopravvenuti motivi e comunque quando siano decorsi 5 anni dall'assegnazione o dall'acquisto dell'alloggio (art. 20 della citata I. n. 179 del 17.2.1992). La realizzazione di alloggi in regime superficario, prevista a livello legislativo, ha introdotto nel nostro ordinamento un nuovo modello di proprietà, di natura temporanea, volto al soddisfacimento del fabbisogno abitativo con accentuazione del momento della fruizione del bene rispetto a quello dell'accrescimento del patrimonio da tramandare alle generazioni future.

Nel quadro sinteticamente illustrato in precedenza è stato recentemente introdotto un nuovo tassello legislativo che sembra muoversi in una logica diversa, e più tradizionale, degli assetti del regime proprietario nell'ambito dell'edilizia economica e popolare. Nell'ambito della manovra finanziaria per l'anno 1996, di cui alla legge 28.12.1995, n. 549, è stata infatti inserita la facoltà per i comuni di modificare il regime giuridico delle aree già concesse in diritto di superficie nell'ambito dei piani di zona, attribuendole in piena proprietà in capo agli attuali superficiali. L'art. 3 commi da 75 a 81 della menzionata legge 28.12.1995, n. 549 disciplina appunto il procedimento volto alla trasformazione in diritto di piena proprietà delle facoltà superficiali già concesse sulle aree inserite nei piani di zona.

Ai sensi della normativa così introdotta i comuni potranno stabilire, entro 6 mesi dall'entrata in vigore della legge n. 549 del 1995, quali aree già concesse in diritto di superficie possano essere cedute in piena proprietà, verso un corrispettivo determinato dall'ufficio tecnico erariale al netto degli oneri concessori versati e rivalutati sulla base di indici Istat dal momento di tale versamento a quello della cessione delle aree in proprietà.

I condomini edificati in diritto di superficie potranno, attraverso deliberazioni dell'assemblea, per la quale è previsto un quorum costitutivo di almeno il 51 per cento dei partecipanti ed un quorum deliberativo dei due terzi, deliberare l'acquisto della piena proprietà dell'area di sedime, con efficacia vincolante per tutti i partecipanti al condominio (la stessa disciplina si applica alle cooperative che abbiano edificato in diritto di superficie).

Si prevede altresì una disciplina fiscale agevolata per gli atti di cessione (registrazione a tassa fissa).

La nuova disciplina prevede altresì la possibilità di modificare le convenzioni già stipulate per la cessione del diritto di proprietà, con la soppressione dei limiti di godimento decennali e ventennali ivi previsti, in cambio di un corrispettivo, per ogni alloggio edificato calcolato secondo i parametri già indicati per la trasformazione del diritto di superficie in diritto di proprietà.

Non è dato sapere, allo stato, la fortuna che potrà incontrare tale nuova previsione normativa, che si limita ad introdurre una facoltà e non un obbligo di accettare la proposta eventualmente formulata dal Comune sia di trasformazione del diritto di superficie in diritto di proprietà, sia di modificazione della convenzione concessiva del diritto di proprietà nei termini sopra indicati.

Può essere interessante, a questo proposito, ricordare che secondo la giurisprudenza della Suprema Corte l'atto di assegnazione, sia in diritto di superficie, sia in diritto di piena proprietà, di aree contenute nei piani di zona ha tutti i connotati della concessione di beni pubblici, con l'importante conseguenza che il diritto di proprietà attribuito mediante la convenzione stipulata con il Comune si atteggia quale diritto soggettivo perfetto nei confronti dei terzi, mentre nei confronti dell'ente concedente la posizione del destinatario dell'atto di assegnazione risulta affievolita.

Si è infatti affermato che l'art. 35 legge n. 865 del 1971, con riferimento alle aree comprese nei piani di zona previsti dall'art. 10 legge 18.4.1962, n. 167, attribuisce ai comuni (e loro concorsi) il potere di acquisirle attraverso l'espropriazione per i fini dell'edilizia residenziale. La maggior parte di tali aree viene ad essere definitivamente ricompresa nel patrimonio indisponibile dell'ente, che destina ciascuna di esse concretamente ai fini su indicati concedendole (con deliberazione cui segue la stipula di una convenzione) in superficie per la costruzione di alloggi economici e popolari e dei relativi servizi urbani e sociali. Altra parte viene invece ceduta in proprietà a cooperative edilizie (oltre che a singoli) i cui soci abbiano i requisiti previsti dalle vigenti disposizioni per l'assegnazione di alloggi del tipo anzidetto.

Per quanto concerne le aree comprese nella prima quota, è di tutta evidenza, anche attraverso il testo esplicito della norma, che l'assegnazione in superficie dà luogo ad una ipotesi di concessione, costitutiva di posizioni soggettive tutelabili, secondo gli artt. 5 e 7, 2° co. legge 6.12.1974, n. 1034, dinanzi al giudice amministrativo, cui spetta conoscere in via esclusiva di tutte le controversie (che non riguardino canoni, indennità ed altri corrispettivi) derivanti dal relativo rapporto, comprese quindi quelle concernenti i presupposti dell'eventuale provvedimento di revoca.

La stessa conclusione si impone per la cessione delle aree comprese nella seconda quota.

Al riguardo, è chiaro anzitutto che, siccome anch'esse vengono acquisite dall'ente attraverso lo strumento pubblicistico dell'espropriazione e col medesimo vincolo di destinazione alla finalità pubblica dianzi indicata, acquistano anch'esse immediatamente la natura di beni pubblici: il procedimento destinato a consentire il concreto raggiungimento di quella finalità, è poi del tutto simile a quello previsto per la concessione in superficie.

La cessione in proprietà avviene, infatti, attraverso una deliberazione del comune (che appunto esprime la volontà dell'ente di far luogo, sulla base dell'accertamento dei presupposti di legge, all'assegnazione in proprietà) ed una convenzione, costituente lo strumento attuativo della cessione e traslativa della proprietà. Si tratta indubbiamente di uno strumento di diritto privato, che attribuisce al cessionario un diritto soggettivo. Ma questo, mentre nei confronti dei terzi è perfetto, si atteggia diversamente nei confronti del comune. Una serie di norme del citato art. 35 dimostra infatti chiaramente che la situazione originata dall'atto amministrativo e dalla convenzione di cessione non esaurisce il rapporto istituito col detto ente, giacché la posizione del cessionario rimane soggetta ai poteri di quest'ultimo fino a

quando la finalità pubblicistica cui la cessione è diretta non possa dirsi - secondo l'apprezzamento del legislatore - realizzata.

La convenzione che si accompagna alla cessione, invero, proprio perché finalizzata a soddisfare (oltre che il bisogno di abitazione dei soci della cooperativa) l'interesse pubblico all'incremento dell'edilizia residenziale, deve prevedere tra l'altro gli elementi progettuali degli edifici da costruire e le modalità del controllo sulla loro costruzione, nonché i termini di inizio e di ultimazione degli edifici stessi e i casi di risoluzione dell'atto di cessione in conformità dei criteri preventivamente deliberati dal comune in via generale.

Lo stesso art. 35 detta poi norme dirette ad assicurare che gli edifici costruiti siano utilizzati effettivamente in funzione dei bisogni abitativi dei soggetti prefigurati come possibili beneficiari dei programmi adottati dalla P.A. in materia di edilizia residenziale. È previsto infatti che l'alloggio costruito su area ceduta in proprietà: a) non possa essere oggetto di alienazione o di costruzione di diritti reali di godimento per un periodo di dieci anni dalla data del rilascio della licenza di abitabilità, e che possa esserlo successivamente solo a favore di persona che possieda i requisiti per l'assegnazione di alloggi economici e popolari e ad un prezzo fissato dall'ufficio tecnico erariale; b) possa essere liberamente trasferito dopo venti anni dalla data anzidetta, ma con l'obbligo di pagare al comune (che a suo tempo ha ceduto l'area) la somma corrispondente al reale maggior valore acquisito nel frattempo dall'area stessa.

La previsione dei termini e modalità di utilizzazione delle aree cedute (con i connessi poteri di controllo attribuiti ai comuni) e le limitazioni imposte finanche al diritto di proprietà sugli alloggi costruiti, costituiscono una chiara espressione dell'interesse pubblico a che il patrimonio di suoli edificatori acquisito dal comune venga correttamente gestito in funzione delle esigenze connesse ai programmi di edilizia residenziale e dimostrano che l'atto di assegnazione (sia in superficie, sia in proprietà) con cui il detto ente chiama le cooperative a partecipare a tale gestione ha tutti i connotati della concessione di beni pubblici⁷⁵. Per quanto riguarda la realizzazione e la gestione di posti auto nella disciplina codicistica e nella legislazione speciale, è necessario fare un breve cenno alla ben nota questione dei parcheggi pertinenziali di cui all'art. 41 sexies della legge urbanistica fondamentale nonché alla disciplina dei parcheggi di cui alla legge 24.3.1989, n. 122.

Quanto al primo aspetto, non è il caso di ripercorrere le tormentate vicende che hanno interessato la materia dei parcheggi pertinenziali^(75bis).

⁷⁵ Cass. S.U., 15.5.1984, n. 2952, *FI*, 1984, I, 2501 ss.

In generale sulla disciplina dei piani di zona cfr. PREDIERI, MORBIDELLI, BRUNETTI E BARTOLI, *La "riforma della casa"*, Milano, 1971; D. FERRARO, *Piani di zona e edilizia residenziale pubblica*, Brescia, 1979; SALINAS, *Il piano di zona per l'edilizia economica e popolare*, Padova, 1985.

^(75bis) Rinviandosi ai contributi, davvero copiosi, che si rinvergono sul punto, e che possono rinvenirsi

E' noto invero come le Sezioni Unite della Suprema Corte abbiano definito la questione affermando che «l'art. 41 *sexies* I. n. 1150/1942, secondo il testo introdotto dall'art. 18 l. n. 765/1967, nel prescrivere che “nelle nuove costruzioni e anche nelle aree di pertinenza delle stesse devono essere riservati appositi spazi per parcheggi in misura non inferiore a un metro quadrato per ogni venti metri cubi di costruzione”, pone un vincolo pubblicistico di destinazione che non può subire deroga degli atti privati di disposizione degli stessi spazi, le cui clausole difformi sono perciò sostituite di diritto dalla nonna impeditiva (art. 1149 c.c.); e che tale regime deve considerarsi immutato anche dopo l'entrata in vigore della legge n. 47/1985, il cui art. 26, ult. co., nello stabilire che gli spazi di cui all'art. 18 legge n. 765/1967, costituiscono pertinenze delle costruzioni ai sensi degli artt. 817, 818 e 819 del codice civile assolve soltanto alla funzione di conferire certezza testuale ad un principio che, come quello secondo cui detti spazi possono essere oggetto di atti o rapporti separati fermo restando il vincolo, doveva ritenersi già accolto nella norma interpretata »⁷⁶.

Per quanto concerne il godimento dei parcheggi pertinenziali, la successiva giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che il vincolo pubblicistico di destinazione degli spazi di parcheggio al servizio delle unità abitative dei condomini non comporta che dette aree, fermo il loro vincolo di destinazione, rientrino tra le parti comuni dell'edificio e tanto meno che il loro godimento da parte dei proprietari delle unità abitative debba essere gratuito ove la proprietà degli spazi per parcheggio sia rimasta, come è consentito dall'ordinamento, in proprietà del costruttore ovvero di un terzo, fermo restando come detto il vincolo reale che su tali aree è impresso dalla nonna inderogabile di cui all'art. 18 della legge n. 765 del 1967⁷⁷.

Per quanto riguarda invece la normativa introdotta dalla legge 24.3.1989, n. 122 (cosiddetta legge Tognoli) rinviando per gli opportuni approfondimenti alla dottrina già indicata⁷⁸ gli aspetti ai quali conviene sinteticamente accennare sono la previsione dello standard urbanistico del parcheggio pertinenziale in misura doppia a quella prevista dall'art. 18 della legge n. 765 del 1967 (un metro quadro ogni dieci metri cubi di costruzione rispetto alla previgente normativa che prevedeva un metro quadro per ogni venti metri cubi di costruzione) di cui all'art. 2 della legge 122 del 1989, la possibilità per i proprietari di immobili di 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 urbanistici vigenti (art. 9, l. n. 122 del 1989), la

nell'ampia rassegna recentemente pubblicata da E. DITTA, *Parcheggi*, *NGCC*, 1995, II, 95 SS.; 357 ss.

⁷⁶ Cass. S.U., 18.7.1989, n. 3363, *NGCC*, 1990, 1367 con nt. di MAGAZZÙ; in *Corr. Giur.*, 1989, 950, con nt. di BUSANI; *FI*, 1989, 1, 2739, con nt. di MATASSA; *GI*, 1989, 1, 1675, con nota di ORO NOBILI; *GC*, 1989, 1, 1795 e 2560, con nt. di ATTOLICO.

⁷⁷ Cfr. Cass, 29.11.1994, n. 10217, *ALC*, 1995, 326.

⁷⁸ E. DITTA, *op. cit.*, 362 SS. ed *ivi* agli ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

previsione che nell'ambito del programma urbano dei parcheggi disciplinato dalla citata normativa i Comuni possono procedere alla concessione in diritto di superficie ai privati interessati, anche organizzati in enti collettivi (società o cooperative) per la realizzazione di parcheggi da destinare a pertinenza di immobili privati su aree comunali o nel sottosuolo delle stesse. La concessione di tale diritto di superficie risulta subordinata alla stipulazione di una convenzione nella quale debbono essere previsti:

- a. la durata della concessione del diritto di superficie per un periodo non superiore a novant'anni;
- b. il dimensionamento dell'opera e il piano economico-finanziario previsti per la sua realizzazione;
- c. i tempi previsti per la progettazione esecutiva, la messa a disposizione delle aree necessarie e l'esecuzione dei lavori;
- d. i tempi e le modalità per la verifica dello stato di attuazione, nonché le sanzioni previste per gli eventuali inadempimenti.

Dispone ancora il 50 co. dell'art. 9 della legge n. 122 del 1989 che i parcheggi realizzati ai sensi dell'art. 9 non possono essere ceduti separatamente dalla unità immobiliare alla quale sono legati da vincolo pertinenziale e che gli atti in violazione di tale divieto siano nulli di pieno diritto.

La disciplina di cui alla legge 122 del 1989 è tuttora interessata da modifiche introdotte con decreti leggi non convertiti i cui tratti essenziali, nella materia qui indagata, prevedono che i comuni, nell'ambito dei programmi per i parcheggi, possono concedere il diritto di superficie su aree pubbliche per la realizzazione di parcheggi da destinare a pertinenza di immobili a privati, che la durata di detto diritto di superficie sia limitata ad un massimo di 99 anni nonché una speciale procedura per una concessione di diritto di superficie.

L'incertezza interpretativa che caratterizza le nuove disposizioni in materia di parcheggi e la provvisorietà delle soluzioni introdotte attraverso decretazione di urgenza non convertita in legge hanno sostanzialmente impedito, nella maggior parte dei casi, il concreto avvio di iniziative volte alla realizzazione in diritto di superficie su aree pubbliche di parcheggi pertinenziali ad immobili privati, sicché ad oggi può affermarsi che le finalità sottese alla introduzione della normativa in argomento non sono state perseguite.

14. Cenni sulla tutela della proprietà immobiliare urbana con riferimento al problema delle immissioni atmosferiche ed acustiche.

L'incidenza delle immissioni atmosferiche ed acustiche sul godimento e sull'esercizio dei diritti dominicali riferiti alla proprietà immobiliare urbana è constatazione quotidiana che induce a fare breve cenno alle problematiche sottese a tali fenomeni anche in questa sede,

doverosamente rinviandosi peraltro alla specifica voce in questa stessa *Opera* per i necessari approfondimenti.

Come è noto lo stesso codice civile consuma il tentativo di un equo contemperamento tra le esigenze della produzione e la tutela delle facoltà connesse al diritto dominicale altrui, negativamente inciso dalle immissioni provenienti da fondi finitimi.

Come si rileva in dottrina può darsi che la soluzione espressa nel codice del 1942 sia il frutto di una visione più attratta dal favor verso l'industria che dalla nostalgia verso la proprietà, ma la stessa ambiguità della relazione al Re secondo la quale la regola dell'art. 844 c.c. riflette «il principio di socialità, da cui l'istituto della proprietà è pervaso» è fonte di equivoci⁷⁹.

La regola codicistica è saldamente ancorata alla logica proprietaria, e la sua applicazione quale presunta clausola generale capace di presidiare anche situazioni soggettive non ricollegabili all'esercizio di un diritto connesso alle facoltà dominicali è assai dubbia.

Anche con riferimento alla introduzione di standards normativi che individuano soglie massime di inquinamento ambientale atmosferico ed acustico si è posto il problema se la regola dell'art. 844 c.c. possa essere piegata ai fini della tutela della salute a prescindere da un collegamento con la proprietà fondiaria, ma la risposta sembra dover essere tendenzialmente negativa in ragione della ontologica differenza esistente tra i beni oggetto della tutela apprestata dalla speciale normativa cui si è fatto riferimento rispetto a quanto forma oggetto di tutela ex art. 844 c.c.⁸⁰.

Così non può ritenersi che la lesione del diritto alla salute, tutelato dall'art. 32 Cost. nella lettura offerta dalla Corte costituzionale, possa essere fatta valere in via diretta attraverso una lettura così ampia della disposizione dell'art. 844 c.c. che ricomprenda anche tale situazione soggettiva indipendentemente dalla sua connessione con il diritto di proprietà.

Per la tutela di tali situazioni soggettive l'ordinamento appresta altre opportunità, e prima fra tutte l'utilizzazione della clausola generale del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c.

Volendosi far cenno ai più rilevanti problemi sottesi alla disciplina delle immissioni prevista dal codice civile, occorre rilevare che essi riguardano non soltanto la difficile individuazione del criterio di normale tollerabilità indicato dal codice ovvero del criterio dell'equo contemperamento tra le ragioni proprietarie e quelle produttive, che in questa prospettiva assumono un interesse collettivo (sui quali deve necessariamente farsi rinvio, ancora una volta, alle specifiche indagini della dottrina)⁸¹, ma anche gli effetti derivanti dalla priorità o

⁷⁹ Cfr. GAMBARO, *op. ult. cit.*, 295 ss., spec. 501.

⁸⁰ GAMBARO, *op. ult. Cit.*, 501 ss., e gli ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza *ivi* indicati.

⁸¹ Recentemente, peraltro, in giurisprudenza si assiste ad una interpretazione estensiva del disposto dell'art. 844 cc., ammettendosi la tutela anche in favore del titolare del diritto di godimento sul fondo.

Si è infatti recentemente deciso che: l'art. 844 c.c. - il quale riconosce al proprietario il diritto di far cessare le

meno dell'insediamento che produce le immissioni, dalla configurazione dei luoghi e dalla loro destinazione urbanistica⁸².

Ulteriori, delicati problemi si pongono in tema di vicende circolatorie dei fondi da cui provengono o che subiscono le immissioni: si discute infatti se si debba argomentare in termini di servitù rispettivamente attive e passive, ovvero se non sia più corretto ipotizzare nella specie la sussistenza di obbligazioni propter rem di natura reale, ma ambulatorie.

Non è possibile in questa sede approfondire tali delicati profili di indagini, anche con riferimento alla natura reale o personale delle azioni ammesse a tutela dalle immissioni intollerabili ed ai connessi ti-medi inibitori o risarcitori.

Per il necessario approfondimento di essi si rinvia pertanto alla voce - IMMISSIONI in questa stessa opera⁸³.

propagazioni derivanti dal fondo del vicino che superino la normale tollerabilità - deve essere interpretato estensivamente, nel senso di legittimare all'azione anche il titolare di un diritto reale o personale (nella specie, il conduttore) di godimento sul fondo, nel caso in cui gli accorgimenti tecnici da adottare per ricondurre le immissioni nei limiti della normale tollerabilità comportino la necessità di modificazioni di strutture dell'immobile da cui le propagazioni derivano, si deve escludere che il titolare di diritto personale di godimento sia legittimato a chiedere le modificazioni medesime, così come è privo di legittimazione passiva alla stessa azione il soggetto che, non essendo eventualmente proprietario del fondo da cui provengono le immissioni, non è in grado di provvedere a quelle modifiche della propria struttura che sia condannato ad effettuare. V. Cass., 22.12.1995, n. 13069, in *Sett giur.*, 1996, fasc. 12, II, 460. In dottrina, per una critica alla applicazione in via analogica dell'art. 844 c.c., v. M. VITA DE GIORGI, *NGCC*, 1995, I, 329 ss.

⁸² Il codice dispone che nel contemperamento delle esigenze della produzione con le ragioni della proprietà il giudice possa tener conto della priorità di un determinato uso, ma come si è recentemente rilevato il criterio del pre uso risulta poco utilizzato dai nostri giudici, anche in ragione della poca confidenza che essi hanno con l'utilizzazione di criteri che comportino l'analisi dei costi-benefici ovvero dell'altra regola first come, first served, tipici della giurisprudenza nordamericana: cfr. A. Musy, in nt. a Cass. SM., 24.7.1995, n. 8300, *GI*, 1996, I, 328 ss., spec. 334.

⁸³ U. MATTEI, «Immissioni» in *Digesto/civ.*, IX, Torino, 1993, 311 ss.