



CARLO GRANELLI

Professore ordinario di diritto privato – Università di Pavia

DIRITTI REALI TRA INNOVAZIONE E CONTINUITÀ¹

“Diritti reali tra innovazione e continuità”: questo il tema dell’odierno incontro di studio.

Ora, se focalizziamo l’attenzione sul codice civile, il primo (del tutto ovvio) rilievo è che – mentre gli altri libri in cui esso si articola hanno subito, nei settant’anni che ci separano dalla sua entrata in vigore, talora riforme organiche ispirate a valori estranei, quando non addirittura antitetici rispetto a quelli alla base dell’originaria impostazione codicistica (penso alla riforma del diritto di famiglia del ‘75, a quella delle società di capitali del 2003, a quella recente della filiazione del 2012), talaltra modifiche più circoscritte, ma non per questo di minor rilevanza pratica (ricordo, per tutte, quella della disciplina degli enti del libro primo; l’introduzione, accanto alle tradizionali misure di protezione degli incapaci costituite dall’interdizione e dall’inabilitazione, dell’istituto dell’amministrazione di sostegno; le innovazioni apportate al diritto successorio a partire dalla riforma del diritto di famiglia fino a quella della filiazione; la codificazione dell’istituto del “patto di famiglia”; l’aggiornamento della regolamentazione dei contratti di agenzia, deposito in albergo, mutuo, fideiussione, ecc.; l’integrazione della disciplina della trascrizione immobiliare; la rivisitazione di quella dei privilegi; ecc.) – il libro terzo è stato solo lambito dagli interventi del legislatore repubblicano, se si fa eccezione per la recente riforma (se così la si può chiamare) della disciplina del condominio e per talune norme che attirano l’attenzione più per la loro eccentricità che per il loro impatto sociale: il riferimento è non tanto alle modifiche apportate ad un istituto in via di estinzione quale l’enfiteusi, quanto all’introduzione dell’art. 896-*bis* sulle distanze minime per gli apiari, di cui ... la società civile sentiva impellente e vivo il bisogno.

Se poi guardiamo al libro terzo del codice civile non più nella prospettiva degli interventi del legislatore, ma in quella delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale, colpisce la loro totale assenza, se si fa eccezione per la decisione (Corte cost. 10.5.1999, n. 167) che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del comma 1° dell’art. 1052 cod. civ. nella parte in cui lo stesso non prevedeva che il passaggio coattivo potesse essere dal giudice costituito quando la domanda risponde ad esigenze di accessibilità ad edifici ad uso abitativo da parte di portatori di *handicap*.

Se, dunque, si guarda alla regolamentazione dei diritti reali quale risulta dal dato testuale del codice civile, l’accento cade decisamente sul versante della “*continuità*” piuttosto che su quello dell’“*innovazione*”.

Impressione, quest’ultima, a prima vista avvalorata dal consolidato orientamento giurispru-

¹ Relazione introduttiva dall’A. tenuta al Convegno organizzato dal Comitato dei Notariati Lombardo e Ticinese, in Milano, il giorno 8 novembre 2013, sul tema “*Diritti reali tra innovazione e continuità*”.



denziale, secondo cui il sistema codicistico continuerebbe ad essere improntato al tradizionale principio del *numerus clausus* dei diritti reali (cfr., da ultimo, Cass. 4.1.2013, n. 100), con conseguente invalidità di qualsiasi “atto di autonomia privata diretto a costituire un nuovo diritto reale” (così Cass. 16.3.2010, n. 6352).

In realtà, ad uno sguardo meno superficiale è proprio la giurisprudenza a fornire chiare indicazioni nella direzione dell’innovazione.

“Il divieto di costituire diritti *in re aliena* diversi da quelli previsti dal codice – insegna infatti la Suprema Corte – limita la libertà contrattuale in relazione alla struttura del diritto reale, non al contenuto dello stesso” (così Cass. 4.1.2013, n. 100, cit.).

Con il che, la giurisprudenza di legittimità sembra dichiaratamente allinearsi a quell’orientamento dottrinale (COMPORTI, *Diritti reali in generale*, in *Trattato Cicu-Messineo-Mengoni-Schesinger*, Milano, 2^a ed., 2011) che – partendo dal rilievo che “l’ordinamento ammette chiaramente uno spazio all’autonomia privata, nella determinazione concreta dei poteri, delle facoltà, dei limiti e degli obblighi costituenti il contenuto delle varie situazioni reali, prevedendo al riguardo, in certe ipotesi, la possibilità che ‘il titolo disponga altrimenti’ dalla disciplina normativa” (pag. 149) – giunge alla conclusione che, anche laddove manchi una esplicita previsione in tal senso, la conformazione delle situazioni “reali” tipizzate dal legislatore non è interamente sottratta alla disponibilità dei privati: “il regolamento secondo autonomia dei diritti reali è lecito fino a che non venga compromesso il contenuto essenziale e fondamentale di ciascuna situazione”; “l’interprete dovrà individuare – in base all’assetto degli interessi stabilito dall’ordinamento ed alla *ratio* del regolamento – il nucleo fondamentale attinente alla struttura dello schema legale” (pag. 153), che – solo – deve ritenersi intangibile.

È evidente che, in quest’ottica, spazi non marginali si aprono all’autonomia privata nel momento in cui si tratta di conformare il contenuto di diritti reali pur tipizzati dal legislatore.

Qualche esemplificazione può riuscire chiarificatrice.

Cominciando dalla servitù – tipica ipotesi di *ius in re aliena* a carattere necessariamente “immobiliare” – corrente è l’osservazione che essa può essere alternativamente finalizzata o ad assicurare al (proprietario del) fondo dominante la possibilità di appropriarsi di talune delle utilità che il fondo servente è in grado di offrire (c.d. servitù “*affermative*”) ovvero a restringere le possibilità di godimento del fondo servente normalmente spettanti al proprietario (c.d. servitù “*negative*”).

Ora, quanto alle servitù “affermative” – sebbene si continui a prestare formale omaggio al tradizionale principio secondo cui la servitù può sì limitare, ma non esaurire ed assorbire tutte le possibilità di utilizzo del bene asservito, dovendo comunque competere al titolare del fondo servente il diritto di trarre da esso talune utilità residue (diversamente, il suo diritto dominicale risulterebbe praticamente azzerato) – la prassi ben conosce ipotesi di *diritti di godimento perpetui ed esclusivi* (assai diffusi in materia condominiale, specie per quanto riguarda posti-auto, cortili, terrazze, ecc.), sostanzialmente incompatibili con qualsiasi ulteriore apprezzabile utilizzo, ad opera del (titolare del) fondo servente, della porzione di bene gravata.



Del pari, quanto alle servitù “negative”, la prassi ci ha ormai abituato ad asservimenti in cui l’*utilitas* (o l’*amenitas*) per il (titolare del) fondo dominante è più data per presupposta, che concretamente verificata: si pensi, ad es., a quel vero e proprio florilegio di vincoli e restrizioni all’utilizzo e/o alla destinazione d’uso dell’unità immobiliare di proprietà esclusiva variamente imposti da regolamenti condominiali precostituiti dall’originario unico proprietario-costruttore, o da atti di acquisto delle singole unità immobiliari dall’originario unico proprietario-costruttore, o da regolamenti condominiali approvati all’unanimità.

Né si potrebbe fondatamente obiettare che tutto ciò dipende dal fatto che – diversamente da quanto accade con riferimento agli altri *iura in re aliena* – i poteri spettanti al titolare del diritto di servitù non sono rigidamente predeterminati dal legislatore, che si limita a richiedere che il “peso” imposto al (proprietario del) fondo servente sia giustificato dall’*utilitas* (o dall’*amenitas*) che ne ricava il (proprietario del) fondo dominante, in buona sostanza rimettendo all’autonomia delle parti la concreta determinazione del contenuto di tale “peso”: la servitù – osservava già Barbero (*Tipicità, predialità e indivisibilità nel problema dell’identificazione delle servitù*, in *Foro padano*, 1957, I, c. 1043) – è come uno stampo, nel quale “si può colare, a scelta degli interessati, un contenuto molto vario, di cui la legge si limita a fissare i tratti generici”. Tant’è che – in contrapposizione alla c.d. “tipicità” degli altri *iura in re aliena* – si parla correntemente di “atipicità” delle servitù (ovvero di servitù “atipiche”).

Invero, in tutte le ipotesi cui si è fatto cenno, l’autonomia delle parti non si limita a fissare concretamente, nel rispetto dei “tratti generici” scolpiti dal legislatore, il contenuto specifico del “peso” concretamente destinato a gravare sul (proprietario del) fondo servente, ma si spinge fino a far sostanzialmente “evaporare” – per non dire, “forzare” – proprio i confini normativamente posti al suo esplicarsi.

Ancora: la prassi è riuscita ad imporre ad una giurisprudenza prima riottosa, poi sempre più acquiescente, la legittimità delle c.d. “servitù reciproche”, in relazione alle quali ciascun fondo interessato è, al contempo, dominante e servente rispetto ad un “peso” di identico contenuto. Con il risultato di consentire ai regolamenti condominiali contrattuali di imporre ai proprietari vincoli e limiti all’utilizzo delle rispettive unità immobiliari di titolarità esclusiva ovvero alla loro modificabilità (da ultimo, Cass. 13.6.2013, n. 14898); ai venditori di lotti di aree fabbricabili di imporre agli acquirenti vincoli e limiti alla libertà di utilizzazione edificatoria di essi; ecc.

Del pari, qualche segnale di minor rigore pare avvertirsi in giurisprudenza, allorché si tratta di qualificare come “industriale”, piuttosto che come “aziendale”, un vincolo, assunto dal proprietario di un fondo, finalizzato all’attività produttiva che si svolge su altro fondo (Cass. 29.11.2000, n. 15326; Cass. 22.12.1994, n. 11064); così consentendo di ricondurre la fattispecie fra quelle servitù – c.d. “industriali” – di cui l’ultima parte dell’art. 1028 cod. civ. riconosce il carattere della “realità”.

Neppure il credito, che tuttora circonda il principio enunciato dal brocardo *servitus in fa-*



ciendo consistere nequit, risulta essere passato indenne alla pressione esercitata dalle esigenze emerse dalla vita economica.

Invero – se l’art. 1030 cod. civ. espressamente consente che obblighi di *facere* possano essere imposti al (proprietario del) fondo servente in forza del “titolo” – l’opinione prevalente pare orientata, da un lato, a ricondurre tali obblighi fra le c.d. obbligazioni *propter rem*, con conseguente possibilità di renderli opponibili, a mezzo della trascrizione, agli eventuali aventi causa dal titolare del fondo servente; e, da altro lato, a ritenere che – in deroga al pur riaffermato principio della “tipicità” delle obbligazioni *propter rem* (Cass. 26.2.2014, n. 4572) – quelle accessorie ad una servitù possano avere il contenuto più vario, sempre che, ovviamente, ne risulti rispettato il fondamentale carattere di accessorietà alla servitù stessa (Cass. 17.6.2010, n. 14622).

Ora – in sintesi – proprio il notariato è il migliore testimone di come, affidate alla fantasia sapiente e controllata di un operatore esperto, le aperture cui si è fin qui fatto rapido cenno siano state, in concreto, utilmente impiegate per formalizzare operazioni neppure lontanamente ipotizzabili all’epoca dell’entrata in vigore dell’attuale codice civile.

Passando rapidamente al diritto di superficie – di cui normalmente si predica non solo l’inclusione nel *numerus clausus* degli *iura in re aliena*, ma pure la “tipicità” del contenuto – occorre osservare che, secondo l’opinione che sembra decisamente destinata a prevalere (cfr., per tutti, GUARNERI, *Superficie e nuovi diritti connessi*, in *Trattato dei diritti reali Gambaro-Morello*, II, Milano, 2011, p. 39 s.), nudo proprietario e superficiario ben potrebbero convenzionalmente regolamentare nel dettaglio i reciproci rapporti, di cui la legge sostanzialmente si disinteressa.

In tal senso l’art. 954, comma 3, cod. civ. legittima espressamente il patto con cui le parti derogano alla regola legale, secondo cui “il perimento della costruzione non importa (...) l’estinzione del diritto di superficie”: patto – si concorda – che, con la trascrizione, può essere reso opponibile ai terzi aventi causa.

Del pari – si rileva unanimemente – nulla osta a che le parti limitino convenzionalmente l’utilizzo che il superficiario potrà fare della costruzione, gli impongano di mantenerla in buono stato manutentivo per tutta la durata del suo diritto, ecc.; così come nulla osta a che le parti, nel dar vita ad una concessione *ad aedificandum*, concordino caratteristiche della costruzione da realizzare, tipologia dei materiali da impiegare, tecnologia degli impianti, ecc.: e – questo è il punto – dette previsioni sono destinate, secondo l’opinione prevalente, ad avere effetti non solo e non tanto sul piano obbligatorio, ma sul piano della conformazione del diritto di superficie cui danno vita, con conseguente loro opponibilità all’eventuale avente causa. Senza necessità di ricorrere alla – pur ammessa – costituzione di vere e proprie servitù prediali a carico (della proprietà superficiaria) dell’edificio ed a favore (del nudo proprietario) del suolo.

Il discorso potrebbe proseguire sulla medesima lunghezza d’onda anche con riferimento ai residui *iura in re aliena*.

Peraltro i rilievi fin qui svolti consentono di dare per acquisito un dato: uno dei tradizionali punti di emersione dell’antitesi diritti di credito/diritti reali – quello relativo al ruolo dell’auto-



nomia privata – finisce inesorabilmente con lo sbiadire: sia per quanto riguarda il versante dei diritti di credito (con riferimento ai quali progressivamente più stringente è il controllo da parte dell’ordinamento, specie attraverso il sempre più massiccio ricorso alle clausole generali di “buona fede”, “correttezza”, “abuso di diritto”, ecc., lette in chiave di interpretazione costituzionalmente orientata, alla luce del principio di “solidarietà economica e sociale” di cui all’art. 2 Cost.), sia per quanto riguarda il versante dei diritti reali (con riferimento ai quali – come si è detto – se ancora si rende omaggio al principio del numero chiuso, ampio margine viene però concretamente riconosciuto alle parti quanto alla conformazione del loro contenuto).

Circostanza, quest’ultima, che contribuisce a – per così dire – “sdrammatizzare” le conseguenze dell’accoglimento del principio del *numerus clausus*.

Al riguardo, emblematica appare la vicenda di cui è stata protagonista, sul piano strettamente tecnico-giuridico, un’operazione economica cui nei decenni passati ha arriso ampio successo, peraltro offuscatosi negli ultimi tempi: la c.d. “multiproprietà”.

Invero, parte della dottrina aveva creduto di non poter, per riconoscerle cittadinanza nel nostro ordinamento, battere altra strada che quella di negare il principio – per vero, non codificato espressamente – del numero chiuso dei diritti reali. La prassi – seguita poi dalla giurisprudenza (Cass. 16.3.2010, n. 6352) – si è invece incaricata di insegnarci che, per formalizzare l’operazione che il mercato imponeva, era sufficiente sfruttare sapientemente i margini che la legge riconosce ai comunisti nel disciplinare i reciproci rapporti, con l’unica difficoltà di dover superare l’interpretazione – invero particolarmente restrittiva – che tradizionalmente veniva offerta della deroga al principio generale dello scioglimento *ad nutum* della comunione contemplata nell’art. 1112 cod. civ. (con riferimento alle “cose che, se divise, cesserebbero di servire all’uso a cui sono destinate”).

Peraltro, quello fin qui ricordato – relativo ai margini da riconoscere all’autonomia privata – non è l’unico momento di progressivo “affievolimento” che è doveroso registrare nella tralaticia contrapposizione fra “diritti reali” e “diritti di credito”.

Invero, per limitare l’attenzione a taluni profili soltanto:

a) la contrapposizione fra *assolutezza* dei diritti reali e *relatività* dei diritti di credito è messa in crisi dall’ormai pacificamente riconosciuta – fin dai primi anni ‘70 – risarcibilità della lesione non solo dei diritti assoluti (*in primis*, dei diritti reali), ma anche dei diritti di credito;

b) la contrapposizione fra *tutela “forte”* dei diritti reali (consistente nella condanna alla restituzione della cosa oggetto del diritto, alla cessazione di attività da altri indebitamente esplicate sulla cosa, all’eliminazione delle opere che turbano l’esercizio del diritto, ecc., tipica delle tradizionali azioni di rivendicazione, confessoria, negatoria, ecc.; condanna, per di più, che prescinde sia dall’esistenza di un danno, sia dall’elemento soggettivo del dolo o della colpa) e *tutela “debole”* dei diritti di credito (sostanzialmente affidata al rimedio del risarcimento per equivalente, che richiede non solo l’effettiva esistenza di un danno, ma anche il dolo o la colpa dell’autore dell’illecito) è messa in crisi dal sempre più ampio ricorso, da parte della nostra giurisprudenza,

JUS CIVILE



al rimedio del risarcimento in forma specifica – anche in sede cautelare – sia che oggetto del credito sia la consegna di una cosa determinata, sia che oggetto del credito sia una certa quantità di cose di genere (addirittura, denaro);

c) la contrapposizione fra *opponibilità* dei diritti reali ed *inopponibilità* dei diritti di credito è messa in crisi dalla sempre più avvertita percezione che l’“opponibilità” dei primi ai terzi aventi causa dipende non già dalla loro “realità”, ma da una circostanza esterna: il possesso, per quel che riguarda i beni mobili; la trascrizione, per quel che riguarda i beni immobili ed i mobili registrati; sicché – in sé – il diritto reale non può ritenersi caratterizzato dal connotato della “opponibilità”, la quale ultima, per i diritti immobiliari, consegue alla pubblicità; che – non a caso – è idonea a far acquistare il connotato della “opponibilità” anche a taluni diritti che reali non sono (l’esempio tradizionale è quello del diritto del conduttore untrannovenale: art. 2643, n. 8, cod. civ.); con la conseguenza che la trascrivibilità di un determinato contratto, atto, provvedimento non testimonia della natura necessariamente reale del diritto o della situazione giuridica che ne è oggetto (come dimostrano le vivaci e tutt’altro che sopite discussioni sollevate dalla recente introduzione delle previsioni di cui agli artt. 2643, n. 2-*bis*, 2645-*bis*, 2645-*ter* e 2645-*quater* cod. civ.).

Ma il discorso ci porterebbe troppo lontano. Ed io ho già sufficientemente abusato della pazienza dell’uditorio.