



CONSIGLIO
NAZIONALE
DEL
NOTARIATO

STUDI E MATERIALI

RIVISTA SEMESTRALE DEL CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

2-2022



Edizioni Scientifiche Italiane

INDICE

	<i>pag.</i>
SAGGI, DIALOGHI E DIBATTITI	
STEFANO POLIDORI, <i>Il rischio del rigetto del condono successivo al trasferimento immobiliare</i>	319
STUDI	
VERA TAGLIAFERRI, <i>Studio n. 31-2021/C - Le attuali criticità della comunione legale e la convenzione matrimoniale impeditiva dell'acquisto in comunione</i>	331
ALESSANDRO CIATTI CÀIMI, <i>Studio n. 128-2021/C - Problemi in materia di deroghe alle distanze legali (Riflessioni sull'orientamento attuale della giurisprudenza)</i>	373
VINCENZO BARBA, <i>Studio n. 136-2021/C - Legati a favore del legittimario</i>	389
MARIA TERESA LIGOZZI, <i>Studio n. 137-2021/C - Sulla natura giuridica degli accordi di reintegrazione della legittima</i>	435
GIUSEPPE TRAPANI, <i>Studio n. 83-2018/P - La nuova agibilità e la modulazione delle clausole contrattuali</i>	461
MAURO LEO e FEDERICA TRESCA, <i>Studio n. 49-2020/P - Osservazioni sull'incidenza della legislazione speciale in materia di conformità catastale sul regime di circolazione dei parcheggi Tognoli</i>	483
ADRIANO PISCHETOLA, <i>Studio n. 38-2020/T - Il contratto di affidamento fiduciario e fiscalità indiretta: dalla traslatività alla 'funzionalità'</i>	501
DANIELA BOGGIALI, <i>Studio n. 9-2022/CTS - Enti amministratori di associazioni e fondazioni</i>	525

NICOLA RICCARDELLI, <i>Studio n. 14-2022/CTS - La legittimazione del notaio all'attivazione del procedimento pubblicitario nel Runtis</i>	537
---	-----

PRASSI

ANNAMARIA FERRUCCI, <i>Focus Il patto di famiglia: casi e questioni di interesse notarile</i>	549
---	-----

Criteria di selezione e valutazione dei contributi pubblicati e Codice etico.....	625
---	-----

STUDIO N. 128-2021/C

PROBLEMI IN MATERIA DI DEROGHE ALLE DISTANZE LEGALI (RIFLESSIONI SULL'ORIENTAMENTO ATTUALE DELLA GIURISPRUDENZA)

di *Alessandro Ciatti Càimi*

(Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 14 febbraio 2022)

SOMMARIO: 1. Origine dell'art. 873 c.c. – 2. La disciplina integratrice delle regole contenute nel codice civile. – 3. La derogabilità convenzionale della disciplina e l'acquisto per usucapione. – 4. I problemi proposti dall'orientamento attuale della giurisprudenza: a) l'acquisto della servitù per destinazione del padre di famiglia. – 5. *Segue*: b) l'accertamento "convenzionale" dell'usucapione. – 6. La critica all'impostazione di maggioranza. – 7. I limiti di validità dei negozi con i quali si deroga alla distanza legale tra le costruzioni. Una possibile soluzione del problema.

Abstract

1. L'osservanza di una certa distanza tra i fabbricati si fa risalire al controverso istituto dell'*ambitus*, forse risalente addirittura alle XII tavole, che cadde tuttavia ben presto in desuetudine

Durante il medioevo, più in Italia che altrove, lo sviluppo urbano aveva già raggiunto livelli assai ragguardevoli. Spesso la città si sviluppa in prevalenza sulla base di esigenze concrete (quali la comodità, la migliore attitudine difensiva, l'igiene e l'estetica), al di fuori di una predeterminazione progettuale.

Questo contribuisce forse a spiegare perché fu proprio il nostro legislatore a regolare in un codice la materia delle distanze tra fabbricati.

2. La corte costituzionale ha precisato che, la disciplina in tema di distanze tra le costruzioni «attiene in via primaria e diretta ai rapporti tra proprietari di fondi finitimi» e rientra nella competenza legislativa statale esclusiva. Quella regionale concorrente interviene soltanto perché i fabbricati possono insistere su di un territorio che può avere rispetto ad altri – per ragioni naturali e storiche – specifiche caratteristiche. La legittimità dei regolamenti,

in deroga alla regola stabilita dal codice civile, si giustifica allora soltanto nella misura in cui essa si collochi in maniera coerente nel quadro di interventi urbanistici pianificatori funzionali a un assetto complessivo e unitario di determinate zone dell'habitat.

3. Una tradizione interpretativa, consolidatasi nella giurisprudenza di legittimità, ha consentito di regolare le distanze tra le costruzioni attraverso contratti (o più raramente mediante previsioni testamentarie), tali da dar origine a servitù prediali, nelle quali, il fondo che subisce la realizzazione dell'opera a distanza inferiore a quella legale assume la posizione di servente, così da arrecare all'altro fondo quell'utilità, che è tale da attribuirgli la posizione di dominante. La costituzione di una servitù volontaria non sarebbe viceversa consentita tutte le volte in cui una prescrizione del regolamento edilizio avesse a imporre l'osservanza di un distacco maggiore delle costruzioni anche a partire dal confine, in ragione della finalità d'interesse collettivo di queste.

Alle stesse condizioni, si è sempre ammesso poi l'acquisto del diritto attraverso l'usucapione, almeno sino ad alcune più recenti decisioni di legittimità, per le quali non vi sarebbe contraddizione alcuna, tra il prevedere l'invalidità degli atti di autonomia negoziale diretti a costituire una servitù in deroga alle distanze legali, stabilite negli strumenti di pianificazione urbanistica, e l'acquisto attraverso il possesso continuato per venti anni da parte del titolare del fondo dominante.

4. Occorre domandarsi se si debba o non ammettere la costituzione della servitù in deroga alle distanze tra le costruzioni, quando queste siano stabilite dai regolamenti locali o da altri strumenti urbanistici, mediante destinazione del padre di famiglia. La questione si rivela di interesse significativo, se si considera che le costruzioni vicine possono spesso costituire parti di un edificio condominiale (specialmente orizzontale).

L'istituto della destinazione, ignoto al diritto romano, si è sviluppato a partire dai glossatori accanto a quello dell'usucapione, condividendo con questo il fondamento consistente nel mantenere lo *status quo ante*.

Se ne deve quindi concludere che, ammessa l'usucapibilità della servitù consistente nel mantenere un edificio o una costruzione a distanza inferiore a quella stabilita dall'art. 873 ovvero dalle fonti subprimarie che lo integrano, deve inevitabilmente consentirsi pure alla destinazione del padre di famiglia di dar origine a quel diritto.

5. Deve ritenersi valida infatti la transazione, con la quale le parti pongano fine a una lite, dando origine a una servitù, consistente nel mantenere costruzioni o edifici a distanza inferiore a quella stabilita dalle fonti subprimarie. Lo stesso dicasi quando a tale stipulazione si pervenga all'esito del procedimento di mediazione (tanto più quando le parti si trovino a negoziare l'«accertamento dell'usucapione» della servitù).

6. L'impostazione della giurisprudenza forense sui diversi punti è criticabile da diversi punti di vista. Essa valorizza, anzitutto, la normativa regolamentare, ben oltre la portata che, nella materia, le sembrerebbe riconosciuta dalla norma primaria. Il postulato, secondo cui alla prima andrebbe in ogni caso riconosciuto di realizzare interessi pubblici, si rivela infatti da dimostrare volta per volta, giacché è dato di immaginare tanto situazioni in cui ciò si può verificare quanto situazioni in cui ciò non sembra accedere. Né – dal versante opposto – si riesce del resto a comprendere perché si voglia riconoscere quel carattere di norma di ordine pubblico, soltanto quanto questa si trovi stabilita da fonti subprimarie, visto che, anche la previsione codicistica ha riguardo ad esigenze di protezione dell'igiene, e quindi della salubrità dei luoghi. Il carattere imperativo della regola subprimaria – a dispetto del fatto che le discenderebbe dall'esigenza di protezione dell'interesse pubblico – risulterebbe poi attenuato grandemente quando esso si trovi a confliggere con il non ben precisato interesse alla stabilità delle relazioni di vicinato.

A ben vedere, è poi assai difficile (per non dire impossibile) ammettere che la norma regolamentare possa assurgere al rango di norma imperativa, ancor più quando quel carattere venga negato alla norma primaria, che la legittima, e se si tiene conto della riserva di legge (sia pure relativa, ma pur sempre di riserva si tratta) rinvenibile all'art. 42, 2° comma, cost.

PROBLEMI IN MATERIA DI DEROGHE ALLE DISTANZE LEGALI

7. Si deve ipotizzare allora che, in linea di principio, gli atti negoziali con i quali le parti intendano costituire la servitù prediale, consistente nel mantenere la costruzione a distanza inferiore da quella legale, vadano ritenuti validi, sia che si trovino a derogare la distanza di tre metri stabilita nel codice, sia quando si trovino invece a derogare quella di distacco dal confine, stabilita dai regolamenti edilizi oppure dalle norme tecniche di attuazione del piano regolatore o da altra fonte integratrice della regola codicistica.

Si dovrebbe opinare diversamente, invece, quando alla normativa regolamentare non potesse riconoscersi natura integratrice della disposizione codicistica. Ciò si deve ammettere tutte le volte in cui il distacco tra gli edifici sia imposto, pur quando questi appartengano allo stesso titolare. In tali casi, non sussiste infatti alcuna relazione di vicinato e la previsione risponde, senza dubbio alcuno, ad esigenze differenti rispetto a quelle dettate dall'art. 873.

Né ad ammettere la validità del negozio costitutivo di servitù prediale si può ritenere compromesso l'interesse pubblico, sia che questo si voglia individuare nello stesso articolo 873, sia che lo si voglia ricercare in quelle norme subprimarie che lo integrano.

Il punto nodale dell'intera questione riposava e continua a riposare infatti sull'art. 872. La violazione della disciplina sulle distanze comporta quelle «conseguenze di carattere amministrativo», che nessun contratto (anche quando dia origine a una servitù prediale) può impedire. Non si comprende la ragione per la quale la tutela della previsione subprimaria dovrebbe trovarsi condivisa con quella del giudice civile, che vi può provvedere solamente quando alcuno glielo domandi e sempre che non si sia perfezionato il periodo stabilito per l'usucapione.

Una volta che si riconosca la validità del contratto stipulato tra vicini, con il quale uno consenta che l'altro costruisca a distanza inferiore da quella stabilita dalle norme subprimarie, semplicemente si nega, a quanti risultino gravati dalla servitù, di accedere alla protezione risarcitoria e a quella ripristinatoria, stabilita all'art. 872, ma resta ben saldo il potere dell'amministrazione di assicurare il rispetto delle disposizioni che essa stessa ha emanato.

375

The regulation of distances between buildings by means of contracts has always been ruled legal and such as to give rise to servitudes or easements. This was not the case though whenever the distances were regulated by local regulations.

Recently, case law acknowledged that adverse possession is achievable when distances between buildings are established by urban planning instruments. This should assure legal stability in the neighborhood.

It should therefore be assumed that, in principle, the acts by which the parties intend to establish the easement, consisting in maintaining the construction at a shorter distance from the legal one, should be considered valid, whether they are found to derogate the distance of three meters established in the codice civile, when they are found to derogate the detachment from the border, established by the local regulations.

On the other hand, this is not the case when these regulations should not be found as integrating the provision of the code.

Nor to admit the validity of the act constituting easement can the public interest be considered compromised, whether this is to be identified in Article 873 itself, or whether it is sought in those local regulations that integrate it.

The whole question rested upon art. 872. The violation of the discipline on distances involves those "consequences of an administrative nature," which no contract (even when it gives rise to an easement) can prevent. It is not clear why the protection of the sub-primary provision should be shared with that of the civil judge, who can only provide for it when someone asks him and provided that the period established for the adverse possession has not been completed.

Parole chiave, *keywords*

Distanze, costruzioni, servitù, usucapione, regolamenti locali.

Distances, buildings, easements, adverse possession, local regulations.

1. *Origine dell'art. 873 c.c.* – Fu il nostro legislatore a regolare per la prima volta la materia delle distanze tra fabbricati (mancano invece analoghe indicazioni negli altri grandi codici ottocenteschi¹).

L'art. 591, c.c. sardo², consentiva infatti di fabbricare «una casa, od anche semplicemente un muro» sul confine della sua proprietà, salva la facoltà del vicino di rendere il muro comune³, facoltà che l'articolo successivo riconosceva anche al vicino, ove la costruzione si trovasse a distanza inferiore di un metro e mezzo dal confine medesimo. Diversamente, per la regola della prevenzione, egli avrebbe dovuto costruire «ad almeno tre metri dal muro del vicino».

La regola era stata criticata da quanti la ritenevano eccessiva, in quanto applicabile pure alle costruzioni non eseguite in città⁴ e a prescindere

376

¹ Il codice Napoleone impone soltanto di osservare certe distanze, stabilite da regolamenti o da usi per costruire pozzi, fossati, camini, forni etc. In Germania, secondo quanto stabilisce l'art. 124 EGBGB, si è ritenuto di mantenere ferme le disposizioni dettate da leggi statali sul punto, basate oggi sul *Munsterbauordnung* federale – la quale (nella versione vigente, del novembre 2002) – prevede al § 6 una distanza minima tra i fabbricati, da calcolare moltiplicando l'altezza verticale del muro (maggiorata di un terzo dall'altezza delle superfici del tetto) per un coefficiente (0,4 per le aree centrali, residenziali e miste, e 0,2 per quelle commerciali e industriali) sempre che venga osservata la distanza minima di tre metri. Le distanze possono essere tuttavia derogate in determinate circostanze dall'autorità amministrativa (v., ad esempio, § 69 della *Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen*).

Anche in Austria, la disciplina delle distanze tra fabbricati compete alla legislazione statale. Secondo il § 6 del *Gesamte Rechtsvorschrift für Baugesetz* (ultima versione LGBl Nr. 52/2001), le costruzioni devono tenersi a tre metri dal confine, ma sono previste distanze inferiori per piccole costruzioni o costruzioni interrato. L'autorità può consentire, con il consenso del vicino, deroghe alle distanze “se sono salvaguardati gli interessi alla sicurezza, alla salute e alla protezione del paesaggio urbano e del paesaggio in genere”. Sembra preferire questa soluzione a quella del nostro legislatore BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, p. 514.

² Il codice civile per il Regno delle due Sicilie (art. 596) prevedeva invece l'obbligo di mantenere la distanza stabilita dai regolamenti locali o dagli usi particolari per erigere camini, focolari, forni o appoggiarvi stalle dal muro, anche quando questo non fosse comune.

³ La comunione forzosa del muro, costruito a confine, era consentita da alcune *Coutume* francesi (Parigi, art. 194; Orléans, art. 235), ma pure nelle consuetudini napoletane (v., in specie, *Et si ex latere*, in *Consuetudines neapolitanae cum glosis nobilis domini Neapolitani cesarii juris professoris ac militis*, Napoli, 1518, (ed. car. 104 e 105). Secondo quanto ricorda POTHIER, *Traité du contrat de société*, t. II, Paris-Orléans, 1775, *Second appendice*, n° 230 ss. (p. 199 ss.), il vicinato veniva considerato un quasi contratto, dal quale originavano reciproche obbligazioni tra i vicini, tra queste trovavasi annoverata appunto quella di vendere al vicino la parte comune del muro contro il quale egli intendeva costruire (n° 247, p. 213 s.).

⁴ *Motivi dei Codici per gli Stati sardi*, Codice civile, Genova, 1853.

dall'altezza di queste; essa venne tuttavia riprodotta nel primo codice civile unitario (all'art. 571) e subito dopo nel vigente art. 873. Accogliendo i suggerimenti di una parte della dottrina, si ritenne di prevedere però che i regolamenti edilizi potessero incrementare la misura legale dell'arretramento.

2. *La disciplina integratrice delle regole contenute nel codice civile.* – In una decisione ormai risalente, il Giudice delle leggi aveva avuto modo di precisare che la disciplina in tema di distanze tra le costruzioni «attiene in via primaria e diretta ai rapporti tra proprietari di fondi finitimi», sì da rientrare – ai sensi dell'art. 117 cost., 2° comma lett. l) – nelle materie di competenza esclusiva dello Stato, giacché trattasi appunto di «ordinamento civile». Quando però «i fabbricati insist[a]no su di un territorio che può avere rispetto ad altri – per ragioni naturali e storiche – specifiche caratteristiche, la disciplina che li riguarda – ed in particolare quella dei loro rapporti nel territorio stesso – esorbita dai limiti propri dei rapporti interprivati e tocca anche interessi pubblici» e questo ne legittima, sia la competenza regionale concorrente, sia la normazione di fonte subprimaria, evocata già nel codice civile⁵.

La legittimità dei regolamenti, in deroga alla regola stabilita dal codice civile, si giustifica allora soltanto nella misura in cui essa si collochi in maniera coerente – o se si preferisce «ragionevole» – nel quadro di interventi urbanistici pianificatori funzionali a un assetto complessivo e

377

⁵ Corte cost., 16 giugno 2005, in *Foro amm.-CdS*, 2005, p. 1657 (s.m.); in *Giur. cost.*, 2005, p. 3 ss.; in *Giust. civ.*, 2005, p. 2305 ss.; in *Riv. amm. reg. Veneto*, 2005, p. 123 ss.; in *Riv. giur. amb.*, 2006, p. 66 ss., con nota di COCCO; in *Riv. giur. ed.*, 2005, I, p. 1034 ss., (ed *ivi* a p. 1413, nota di AGNOLETTO, *Le finalità di tutela dei beni culturali nell'ambito della legislazione regionale: riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 232 del 2005*); nella specie, la Corte dichiarava l'illegittimità costituzionale di una previsione legislativa regionale, con la quale veniva consentito ai piani regolatori di riconoscere al confinante di costruire in deroga alla distanza minima stabilita, sempre che avesse rispettato la distanza minima dal confine, tutte le volte in cui si fosse trovato una costruzione eretta dal vicino in contrasto con la distanza minima stabilita da una disciplina sopravvenuta dopo l'intervento edificatorio.

Lo stesso Giudice delle leggi è tornato di recente sulla questione (v. Corte cost., 23 giugno 2020, n. 119, in *Giur. cost.*, 2020, p. 1323, in *Foro amm.*, 2021, I, p. 11 e in *Riv. giur. ed.*, 2020, I, p. 752 ss.), dichiarando non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 64 l. reg. Veneto 30 dicembre 2016, n. 30, censurato per contrasto con gli artt. 3, 5, 114, comma 2, 117, commi 2, lett. l), e 6, e 118 Cost., in quanto, nel fornire l'interpretazione autentica dell'art. 9, comma 8, l. reg. Veneto 8 luglio 2009, n. 14, consente la deroga delle distanze dal confine fissate dagli strumenti urbanistici e dai regolamenti comunali. Secondo quel Giudice, infatti le previsioni in tema di distanze, contenute nella disposizione censurata, non ledono la materia di riserva statale giacché si limitano, in ragione della forte oscillazione giurisprudenziale, «a chiarire i margini di derogabilità delle distanze disposte dagli enti locali, in funzione degli interventi straordinari di rigenerazione del territorio edificato, senza tuttavia incidere sulle distanze di fonte statale».

unitario di determinate zone dell'habitat. Essa deve invece essere considerata in contrasto con la stessa riserva di legge – rinvenibile all'art. 42, 2° comma, cost. – tutte le volte in cui abbia quale propria finalità, unica o prevalente, quella di modificare la disciplina delle relazioni di vicinato, interferendo nelle relazioni tra i singoli proprietari⁶.

Nella materia, non possono neppure essere trascurati il ruolo e la portata dell'art. 41 *quinquies* della l. 17 agosto 1942, n. 1150, così come novelato dall'art. 17 della l. 6 agosto 1967, n. 765. Vi si prevedeva che in tutti i Comuni, «ai fini della formazione di nuovi strumenti urbanistici o della revisione di quelli esistenti», dovessero essere osservati tra l'altro i limiti inderogabili di distanza tra i fabbricati, da definire per zone territoriali omogenee, con decreto del Ministro per i lavori pubblici di concerto con quello per l'interno, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici (v. d.m. 2 aprile 1968, n. 1444, in G.U. 16 aprile 1968, n. 97).

Secondo un primo – e più risalente – orientamento della giurisprudenza forense, le previsioni colà rinvenibili non avrebbero attitudine a integrare quelle contenute nell'art. 873 c.c.: si dovrebbe infatti loro riconoscere rilievo solamente amministrativo, in quanto dirette all'autorità comunale, alla quale fosse stato domandato il permesso di costruire. Laddove si trattasse, in particolare, di aree nelle quali fosse ammesso soltanto il risanamento conservativo o la ristrutturazione (quelle per le quali il citato decreto ministeriale voleva che le distanze non fossero inferiori a quelle intercorrenti tra i volumi edificati) si sarebbe dovuto escludere il potere del singolo di pretenderne l'osservanza avanti il giudice civile, il quale avrebbe dovuto in ogni caso far esclusivo riferimento all'art. 873 c.c.⁷.

Un'altra impostazione, invece, ha ritenuto che, in caso di mancanza di strumenti urbanistici ovvero di adozione di questi in contrasto con il citato decreto ministeriale, questo andasse considerato quale parte integrante della normativa codicistica in materia di distanze nelle costruzioni⁸. Seppur in sede di regolamento di giurisdizione, questo orientamento

⁶ V. Cons. st., V, 13 marzo 2014, n. 1272, in *Foro amm.*, 2014, p. 820 (s.m.) (ma la decisione si può leggere *in extenso*, ad esempio, in *Dejure*, GiuffrèFL).

⁷ Cass., 13 luglio 1991, n. 7804; Cass., 19 novembre 1992, n. 12376, in *Riv. giur. ed.*, 1993, I, p. 774 ss.; altre volte si riconosceva invece a quel decreto lo stesso rilievo riconosciuto ai regolamenti locali dall'art. 873 (cfr. ad es. Cass., Sez. un., 1° marzo 1990, n. 1577, in *Inf. prev.*, 1990, p. 746; in *Foro it.*, 1990, I, c. 839 ss.; in *Giur. it.*, 1991, I, 1, c. 842 ss.; in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 1550 ss. e in *Nuove giur. civ. comm.*, 1990, I, p. 769 ss.; Cass., Sez. un., 22 novembre 1994, n. 9871, in *Foro it.*, 1995, I, c. 532 ss.; in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1883 ss., con nota di SARDO e in *Riv. giur. ed.*, 1995, I, p. 588 ss., con nota di ANNUNZIATA; Cass., 22 aprile 1992, n. 4812; Cass., 30 dicembre 2015, n. 26123.

⁸ Cass. 24 gennaio 2006, n. 1282; Cass., 20 maggio 2010, n. 12424 (nelle zone "A" essendo ammesso soltanto il mantenimento in loco delle costruzioni preesistenti, oggetto di risanamento o ristrutturazione, vanno osservate le distanze tra gli edifici già in essere).

trovasi confermato dalle sezioni unite, secondo le quali, il decreto ministeriale – in quanto emanato su delega dell'art. 41 *quinquies* – con «efficacia di legge», in presenza di strumenti pianificatori successivi contrastanti, impone al giudice di merito, non solo di disapplicare la disposizione illegittima, ma anche di applicare tale disposizione, divenuta, per inserzione automatica, parte integrante dello strumento urbanistico⁹.

3. *La derogabilità convenzionale della disciplina e l'acquisto per usucapione.* – Si deve rammentare che, durante i Lavori preparatori del codice civile, si discusse alquanto a proposito della derogabilità delle distanze minime tra le fabbriche (e ora tra le costruzioni). Il Progetto originario di codice civile conteneva infatti la seguente previsione: «Le distanze fissate dal presente codice o dai regolamenti locali o speciali o dall'autorità giudiziaria non possono essere ridotte neppure per convenzione tra vicini» (art. 62). La Commissione reale ritenne tuttavia che il divieto, così formulato, fosse eccessivo, poiché il regime delle distanze legali è dettato essenzialmente nell'interesse del privato e quindi risulta privo di quel carattere di ordine pubblico, che ne possa giustificare l'inderogabilità. Ciò pareva trarre conferma dal fatto che quelle regole, come si è già rammentato, vigessero indistintamente per le costruzioni cittadine come per quelle realizzate in campagna¹⁰.

Una tradizione interpretativa, consolidatasi nella giurisprudenza di legittimità, ha pertanto consentito di regolare le distanze tra le costruzioni attraverso contratti (o più raramente mediante previsioni testamentarie) tali da dar origine appunto a servitù prediali¹¹, nelle quali, chi subisce la realizzazione dell'opera a distanza inferiore a quella legale, assume la posizione di fondo servente, così da arrecare all'altro fondo quell'utilità che è tale da attribuirgli la posizione di fondo dominante¹². Secondo una celebre indicazione, la disciplina delle servitù consiste del resto in una

⁹ Cass., Sez. un., 5 settembre 2013, n. 20354 (non massimata); conf. Cass., 15 luglio 2016, n. 14552 (non massimata), secondo la quale va senz'altro riconosciuta al decreto ministeriale del 1968 quell'efficacia integratrice che l'art. 873 c.c. assegna ai regolamenti locali, nonché Cass., 26 luglio 2016, n. 15458 e Cass., 23 gennaio 2018, n. 1616, in *Foro it.*, 2018, I, c. 2111 ss.

¹⁰ PULVIRENTI, *Della proprietà*, in *Comm. c.c.* Finzi e D'Amelio, Firenze, 1942, p. 232 s.

¹¹ I tentennamenti che vi volevano intravedere quelle figure dagli incerti contorni, come le obbligazioni *propter rem* (o meglio *propter jus*) o gli oneri reali, si possono dire ormai superati; v. una critica convincente in GROSSO, *Servitù e c.d. limitazioni di proprietà*, in *Giur. it.*, 1946, I, 1, c. 471 s., ora in *Scritti storico-giuridici*, II, *Diritto privato. Cose e diritti reali*, Torino, 2001, p. 446 s.

¹² Cass., 5 ottobre 1982, n. 5117, in *Riv. giur. ed.*, 1983, I, p. 176 ss.; Cass., 30 marzo 1983, n. 2331; per il carattere non derogabile della distanza tra gli edifici – e la conseguente impossibilità di dar vita a servitù prediali volontarie o acquistate per usucapione – v. ALBANO (G. PESCATORE e F. GRECO), *Della proprietà*, in *Comm. Utet*, Torino, 1968, p. 284 e più diffusamente DE MARTINO, *Della proprietà*, in *Comm. c.c.*, Scialoja e Branca, 4^a ed., Bologna-Roma, 1976, p. 266.

regolamentazione privata dei rapporti di vicinato, attraverso un diritto di consistenza reale: essa starebbe quindi alle regole legali di vicinato, come il testamento starebbe alla successione *ab intestato*¹³. A questo proposito, giova precisare che il contratto costitutivo della servitù, in quanto destinato a produrre effetti reali, può essere qualificato, di regola, quale compravendita (se vi si prevede il pagamento di un prezzo) o quale permuta (se, come spesso accade, la costituzione della servitù trova il corrispettivo nella costituzione di una servitù reciproca di contenuto identico: Tizio consente a Caio di costruire a distanza inferiore da quella legale ma, nel contempo, Caio consente a Tizio di costruire a sua volta senza osservare quella distanza)¹⁴.

La costituzione di una servitù volontaria non sarebbe viceversa consentita – così che il titolo costitutivo del diritto dovrebbe ritenersi nullo per contrasto con norma imperativa – tutte le volte in cui una prescrizione del regolamento edilizio avesse a imporre l'osservanza di un distacco maggiore delle costruzioni, anche a partire dal confine, in ragione della finalità d'interesse collettivo del regolamento medesimo¹⁵, che ne dovrebbe imporre l'inderogabilità¹⁶.

Per ragioni non dissimili – dovendosi considerare sicuramente apparenti, a mente dell'art. 1061 c.c., si è sempre ammesso l'acquisto del diritto attraverso l'usucapione (e forse per destinazione del padre di famiglia, v. subito appresso), purché ancora non fossero appunto previste indicazioni specifiche di arretramento delle costruzioni dal confine, da parte delle

¹³ JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, II-1, 4. Auf., Leipzig, 1880, § 33, p. 231.

¹⁴ La mancata previsione del corrispettivo non comporta che l'atto possa qualificarsi quale donazione traslativa, almeno che non vi si rinvenga quello spirito di liberalità, che anima l'intento arricchire il destinatario dell'effetto traslativo, di cui è menzione nell'art. 769 c.c. (il punto trovasi ben approfondito nella risposta a quesito numero 3–2020/C dell'Ufficio studi del Consiglio nazionale del notariato – estensore MUSTO – che si richiama anche per i riferimenti opportuni).

Rammentiamo ancora che l'amministratore del condominio non è legittimato a stipulare un atto con il quale, derogandosi alla disciplina sulle distanze, si costituisca una servitù, avente quale fondo servente uno o più tra i beni condominiali (sul punto, v. risposta a quesito numero 39–2020/C dell'Ufficio studi del Consiglio nazionale del notariato – estensore MUSTO – alla quale si rinvia anche per i riferimenti opportuni).

¹⁵ Secondo Cass., 29 aprile 1998, n. 4353 e ALBANO, *Della proprietà*, p. 284, andrebbe accertato di volta in volta se quelle prescrizioni fossero o non dettate da esigenze di protezione dell'interesse generale.

¹⁶ Cass., 30 marzo 1983, n. 2331; Cass., 21 marzo 1987, n. 2824; Cass., 4 febbraio 2004, n. 2117, in *Giur. it.*, 2004, p. 2283 ss.; Cass., 28 settembre 2004, n. 19449; Cass., 31 maggio 2006, n. 12966; Cass., 23 aprile 2010, n. 9751, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 182 ss.; Cass., 18 ottobre 2018, n. 26270; Cass., 20 maggio 2019, n. 13513 (non massimata) e ora Cass., ord., 8 ottobre 2021, n. 27373 (non massimata).

fonti subprimarie¹⁷. A voler opinare diversamente, infatti, la realizzazione degli scopi di interesse collettivo da parte di questa sarebbe stata sostanzialmente disattesa¹⁸.

Tale impostazione è stata ritenuta da alcuni «in definitiva paradossale», giacché l'interesse sotteso all'art. 873 – quello cioè di impedire il formarsi di intercapedini tra i fabbricati, potenzialmente dannose per la salute – riceve una protezione diminuita rispetto a quello diretto a realizzare uno sviluppo armonico e più razionale delle costruzioni, sottostante alla disciplina giuspubblicistica¹⁹.

Per quanto concerne il particolare profilo dell'acquisto per usucapione, alcune decisioni più recenti hanno ritenuto di allontanarsi dall'indirizzo consolidato. Non vi sarebbe stata infatti contraddizione alcuna tra il prevedere l'invalidità degli atti di autonomia negoziale, diretti a costituire una servitù in deroga alle distanze legali, stabilite negli strumenti di pianificazione urbanistica, e l'acquisto attraverso il possesso continuato per venti anni da parte del titolare del fondo dominante. Fermo restando il rilievo da assegnare agli interessi collettivi sottesi, andrebbe ritenuto infatti prevalente un altro interesse (sempre di portata collettiva), consistente nell'assicurare, una volta trascorso quel periodo di tempo, la stabilità delle relazioni tra fondi vicini²⁰.

4. *I problemi proposti dall'orientamento attuale della giurisprudenza:*
 a) *l'acquisto della servitù per destinazione del padre di famiglia.* – Sorge a questo punto una serie di problemi. Occorre anzitutto domandarsi se si debba o non ammettere la costituzione della servitù in deroga alle distanze tra le costruzioni, quando queste siano stabilite dai regolamenti locali o da altri strumenti urbanistici, mediante destinazione del padre di famiglia. La questione si rivela di interesse significativo, se si considera che le costruzioni vicine possono spesso costituire parti di un edificio condominiale (specialmente orizzontale). Negare la costituzione della servitù

¹⁷ In generale, non ammetteva l'acquisto per usucapione della servitù, consistente nel mantenere una costruzione a distanza inferiore a quella legale, «nei casi di interesse sociale inderogabile» BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, cit., p. 659; in giurisprudenza, v. Cass., 6 febbraio 1978, n. 537; Cass., 31 maggio 2006, n. 12966, cit.;

¹⁸ Cass., 3 ottobre 2007, n. 20769.

¹⁹ TRIOLA, *Delle distanze nelle costruzioni*, in *C.C., Commentario* fond. da Schlesinger e cont. da Busnelli, Milano, 2013, p. 55 s.; in senso decisamente contrario PETROLATI, *Distanze legali e usucapione*, in *Arch. loc.*, 2011, p. 57, il quale mostra di non comprendere le ragioni per le quali l'osservanza delle distanze legali stabilite nel codice civile dovrebbe presidiare interessi più pregnanti di quelli sottesi alla pianificazione urbanistica comunale.

²⁰ Cass., 22 febbraio 2010, n. 4240, in *Giur. it.*, 2010, p. 1530; *contra* Cass., 3 ottobre 2007, n. 20769; in senso critico anche PETROLATI, *Distanze legali e usucapione*, cit., spec. p. 58.

in questi casi comporterebbe allora, in casi numerosi, il diritto (reciproco) dei due aventi causa a veder ridotta in pristino la costruzione del vicino.

L'istituto della destinazione – estraneo com'era al diritto romano classico e post-classico²¹ (ove, del resto, neppure si ammetteva l'acquisto della servitù per usucapione, vietato dalla *lex Scribonia*²²) – viene normalmente fatto risalire ad alcune intuizioni di Bartolo²³ e dei postglossatori.

La costruzione bartoliana aveva origine nella ricerca delle servitù che potessero acquistarsi per usucapione (soffermandosi sulla distinzione tra continuità e discontinuità)²⁴. Una volta che l'ebbe rinvenuta nella *patientia* del titolare del fondo servente (che doveva quindi conoscere gli atti di esercizio da parte del vicino), il Maestro notò che una situazione non dissimile si verificava quando un fondo (o parte di esso) veniva alienato, mentre un altro (o una parte) restava in capo al dante causa, permanendosi tra i due uno stato materiale di cose per cui il secondo si trovava a servire il primo. Anche in questo caso, infatti, le parti «vedevano e tacevano», consentendo così, sia pur tacitamente, che l'utilità arrecata si facesse contenuto della nuova servitù²⁵.

Con riferimento a quelle consuetudini locali (ed erano la maggior parte) – che non prevedevano l'acquisto delle servitù per destinazione del padre di famiglia – molti anni più tardi Merlin aveva a ritenere che fosse

382

²¹ Senza approfondire in questa sede, si deve con ogni probabilità escludere che i riferimenti pallidi, rinvenibili nelle Fonti (a volerli ammettere autentici) – vedili evocati e commentati, ad esempio, in BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Milano, 1969, p. 289 ss. – inducano a ritenere il contrario; sia sufficiente rammentare che già il cardinal De Luca (Discuss. III, n. 3, p. 8, cit. da SIMONCELLI, *La destinazione del padre di famiglia come titolo costitutivo di servitù prediali*, 2° ed., Napoli, 1886, (da cui traiamo le citazioni) p. 62 (ora pure in *Scritti giuridici*, Roma, 1938, I, p. 30 ss.) notava l'assenza di *auctoritates* e rinveniva il fondamento dell'istituto nel diritto naturale.

²² BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano*, cit., p. 273 ss.; nonché, nella manualistica, ad esempio, KASER, *Das römische Privatrecht*, 2. Auf., München, 1971, I, § 105, p. 444 s. e TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 469; D. 41, 3, 4, 29 parla invece dell'usucapibilità della c.d. "*libertas servitutum*", ossia dell'ipotesi in cui un fondo fosse gravato da *altius non tollendi* e, nonostante l'edificazione, il titolare del diritto non ne avesse reclamato l'osservanza entro un certo periodo di tempo.

²³ SIMONCELLI, *La destinazione del padre di famiglia come titolo costitutivo di servitù prediali*, 2° ed., Napoli, 1886, (da cui traiamo le citazioni) p. 3 ss. (ora pure in *Scritti giuridici*, Roma, 1938, I, p. 30 ss.), in senso critico, ma senza approfondimento, DEIANA (GROSSO), *Le servitù prediali*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, 3ª ed., Torino, 1963, p. 608.

²⁴ Ad 3 libr. Codicis ad legem *si quam*.

²⁵ *Quum quaeritur an rei venditae vel legatae debeatur servitus illius actus qui erat apud alienantem ex alia re alienantis, sic distingue: aut ille erat actus servitutis habentis causam continuam et permanentem, et servitus videtur imposita (...). Aut habebat causam discontinuam et non permanentem, et tunc servitus non videtur imposita, sed poterit agi ut imponatur* (Ad L. de serv. leg. (33,3); per le citazioni ulteriori, v. ancora SIMONCELLI, *La destinazione del padre di famiglia come titolo costitutivo di servitù prediali*, cit., p. 44.

la «*raison même*» ad esigerle. A suo dire non si sarebbe potuto infatti presumere che qualcuno si fosse trovato a tollerare per venti o trent'anni vedute, porte o finestre in affaccio sulla sua casa, senza esservi obbligato²⁶.

Su questi presupposti – mentre altre *coutume* l'ammettevano espressamente (la *destination d'un père de famille vaut titre*, diceva ad esempio la prima edizione di quella di Parigi, la quale pure non ammetteva l'acquisto per prescrizione acquisitiva²⁷) – la destinazione approdava finalmente nel *code civil* (agli art. 692 ss.). Di lì transitava nelle nostre codificazioni successive, sempre percorrendo un cammino concettuale e ricostruttivo contiguo a quello dell'usucapione²⁸. Il fondamento comune riposa infatti nell'opportunità di mantenere quello *status quo ante*, anche a costo di immaginare, secondo l'originaria impostazione bartoliana, che il titolo costitutivo del diritto dipenda da un contratto concluso per fatti concludenti²⁹.

Se ne deve quindi concludere che – ammessa l'usucapibilità della servitù consistente nel mantenere un edificio o una costruzione a distanza inferiore a quella stabilita dall'art. 873 ovvero dalle fonti subprimarie che lo integrano – deve inevitabilmente consentirsi pure alla destinazione del padre di famiglia di dar origine a quel diritto.

5. Segue: b) *L'accertamento "convenzionale" dell'usucapione.* – A voler seguire l'impostazione della corte di legittimità, non dovrebbe ritenersi valida la transazione con la quale le parti pongono fine a una lite, costituendo una servitù che consista nel mantenere costruzioni o edifici a distanza inferiore a quella stabilita dalle, ormai molte volte, evocate fonti subprimarie.

Come è stato insegnato, quando la lite si compone però «su una linea compresa tra le rispettive posizioni iniziali di pretesa e di contestazione», le parti saranno pervenute a una transazione, quando si componga mercede l'adozione di una soluzione che corrisponda totalmente alla pretesa o alla contestazione inizialmente formulata. Saranno, invece, pervenute, rispettivamente, a un riconoscimento, se la pretesa trovasi accolta, o a una rinunzia, nell'ipotesi in cui viceversa la pretesa medesima venga abbandonata³⁰. A simili esiti, esse potranno essere pervenute, sia stragiudizialmen-

²⁶ MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 13^e éd., t. XII, Paris, 1809, p. 42.

²⁷ Art. 87 dell'edizione del 1510 e art. 186 dell'edizione 1580.

²⁸ V., ad esempio, AUBRY e RAU, *Droit civil*, 7^e éd., Paris, 1968, t. III, par Esmein, n° 54 ss. (p. 100 ss.).

²⁹ Com'è noto, il diritto francese reca alle estreme conseguenze la libertà delle forme anche quando si tratti di contratti aventi quale oggetto immobili (v. ora art. 1172, come novellato da *Ord.* n° 2016-131 del 10 febbraio 2016); sulla teoria della convenzione tacita, v., ad esempio, TERRÉ-SIMLER, *Les biens*, cit., n° 900, p. 775.

³⁰ F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, 2^a ed., rist., Napoli, 1986, p. 46.

te, sia pure davanti al giudice, che le abbia conciliate tramite i suoi buoni uffici (art. 185 c.p.c.)³¹. Anche in tali casi, dovrebbe sostenersi l'invalidità di simili intese, sempre a causa dell'asserita contrarietà di queste con ragioni di ordine pubblico.

Lo stesso dovrebbe pure valere, quando esse siano stata concluse all'esito del procedimento di mediazione (che, per il caso che ci occupa, costituisce requisito di procedibilità delle domande giudiziali, giacché esse hanno quale oggetto i diritti reali, v. art. 5, comma 1 *bis*, d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28): esso persegue infatti finalità in sostanza analoghe, sia pure mercé l'intervento di un soggetto, in possesso di una qualificazione adeguata per favorire la composizione delle liti³².

Si è che, quando si trovi negoziato tra le parti l'accertamento dell'usucapione della servitù, la questione diventa ancor più delicata. Senza addentrarci nel tema spinosissimo della portata da riconoscere a questi «accordi»³³, ci si trova costretti probabilmente ad affermarne l'invalidità, quando li si assimila in qualche misura alla transazione (per trascriverli secondo quanto prevede l'art. 2643, n. 12 *bis*). Diversamente, quanto più li si voglia avvicinare alla sentenza di accertamento (quella da trascrivere ai sensi dell'art. 2651), essi si dovrebbero ritenere validi, nella misura in cui nulla innovano, limitandosi a sostituire gli effetti dell'accertamento giudiziale.

Sarebbe del resto a dir poco singolare che, in sede di mediazione, dovesse essere negato l'acquisto della servitù da parte di colui che avesse mantenuto l'edificio o la costruzione a distanza inferiore a quanto stabilito dalle fonti subprimarie, integratrici dell'art. 873, per essere la servitù medesima accertata – a parità di condizioni quindi – in sede giurisdizionale.

6. *La critica all'impostazione di maggioranza.* – Le considerazioni svolte inducono a ritenere che l'impostazione della giurisprudenza forense non possa ritenersi condivisibile, caratterizzata com'è da salti logici e scarsa linearità.

Del resto, essa valorizza la normativa regolamentare, ben oltre la portata che, nella materia, le sembrerebbe riconosciuta dalla norma primaria (l'art.

³¹ V. ancora F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 47.

³² DEL PRATO, *La transazione*, in *Fuori dal processo. Studi sulle risoluzioni negoziali delle controversie*, Torino, 2016, p. 9; sulle finalità deflattive, v. per tutti FABIANI e LEO, *Prime riflessioni sulla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali» di cui al d. lgs. n. 28/2010*, in *Riv. not.*, 2010, p. 893

³³ KROGH, *La trascrizione dell'accordo conciliativo accertativo dell'usucapione*, Studio n. 718/2013/C approvato dal CNN il 31 gennaio 2014; SANNINO, *Ancora in tema di trascrivibilità del negozio di accertamento*, Studio n. 4/2017/C approvato dal CNN il 14 giugno 2017.

873 sembra, infatti, ammettere soltanto che questa possa prevedere una distanza maggiore da quella ivi fissata, ma in alcun modo se ne potrebbe desumere la portata di regola di ordine pubblico³⁴). Il postulato secondo cui alla prima andrebbe in ogni caso riconosciuta la funzione di realizzare interessi pubblici si rivela infatti da dimostrare volta per volta, giacché è dato di immaginare, tanto situazioni in cui ciò si può verificare, quanto situazioni in cui ciò non sembra accedere³⁵. Su questo punto, sono ancora illuminanti le considerazioni di Bensa³⁶: il fatto che il legislatore abbia inteso negare carattere di ordine pubblico alle disposizioni dettate sulle distanze – egli faceva osservare – risulta ancora in modo evidentissimo dal riflesso che le relative disposizioni non riguarderebbero soltanto le fabbriche di proprietari diversi fronteggianti, ma anche le fabbriche che un proprietario innalza nell'interno del suo fondo. Gli stessi inconvenienti, infatti, sono possibili tanto se Tizio fabbrica nell'interno del suo terreno a distanza minore dalla legale, quanto se nelle stesse condizioni abbiano fabbricato due persone diverse.

Né – dal versante opposto – si riesce del resto a comprendere perché si voglia riconoscere quel carattere di norma di ordine pubblico, soltanto se questa si trovi stabilita da fonti subprimarie, visto che, anche la previsione codicistica ha riguardo ad esigenze di protezione dell'igiene, e quindi della salubrità dei luoghi³⁷.

Il carattere imperativo della regola subprimaria – a dispetto del fatto che le discenderebbe dall'esigenza di protezione dell'interesse pubblico – risulterebbe tuttavia attenuato grandemente dal fatto che si trovi a confliggere con il non ben precisato interesse alla stabilità delle relazioni di vicinato.

A ben vedere, è poi assai difficile (per non dire impossibile) ammet-

³⁴ Si rammenti anche quanto si è avuto modo di dire a proposito dell'orientamento della Corte costituzionale su questo punto (v., *retro*, par. 2).

³⁵ GAMBARO, *La proprietà*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Cicu, Messineo e Mengoni, Milano, 1995, p. 539, rammenta che il regolamento edilizio comunale dovrebbe perseguire «evidentemente scopi diversi e più vasti rispetto a quello di evitare intercapedini dannose». La sussistenza di tali scopi andrebbe secondo noi verificata: vi sono infatti regolamenti comunali che ammettono espressamente la derogabilità dei precetti o consentono la costruzione anche in aderenza.

³⁶ *Delle servitù prediali, Lezioni raccolte e pubblicate dallo studente Giuseppe Amadeo*, Siena, 1899, p. 178.

³⁷ V. GAMBARO, *La proprietà*, cit., p. 534 e ora MARVASI, *Le distanze tra costruzioni: limiti proprietari e interdisciplinarietà della materia tra interessi pubblici e privati*, in ID. e BARCA, *Il regime delle distanze nella nuova dinamica proprietaria*, Pisa, 2020, p. 76 s. Non si può condividere l'opinione di coloro che vorrebbero porre a fondamento della disciplina codicistica, oltre all'esigenza di evitare intercapedini dannose e insalubri, anche quella di godere di luce e veduta sufficiente (v. RUPNIK, *Le distanze legali*, in *Tratt. dir. reali*, a cura di Gambaro e Morello, I, Milano, 2008, p. 574): l'affermazione trovasi smentita dalla facoltà riconosciuta dallo stesso legislatore di costruire in aderenza o in unione al fabbricato vicino.

tere che la norma regolamentare possa assurgere al rango di norma imperativa, ancor più quando quel carattere venga negato alla norma primaria che la legittima e se si tiene conto pure della riserva di legge (sia pure relativa ma pur sempre di riserva si tratta) rinvenibile all'art. 42, 2° comma, cost.

7. I limiti di validità dei negozi con i quali si deroga alla distanza legale tra le costruzioni. Una possibile soluzione del problema. – Sembrerebbe allora di dover immaginare che, in linea di principio, gli atti negoziali con i quali le parti intendano costituire la servitù prediale, consistente nel mantenere la costruzione a distanza inferiore da quella legale, vadano ritenuti validi in quanto leciti, sia che si trovino a derogare la distanza di tre metri stabilita nel codice, sia quando si trovino invece a derogare quella di distacco dal confine stabilita dai regolamenti edilizi oppure dalle norme tecniche di attuazione del piano regolatore o da altra fonte integratrice della regola codicistica.

Si dovrebbe opinare diversamente invece quando, alla normativa regolamentare non potesse riconoscersi natura integratrice della disposizione codicistica. Ciò si deve riconoscere tutte le volte in cui il distacco tra gli edifici sia imposto pur quando questi appartengano allo stesso titolare. In tali casi, non sussiste infatti alcuna relazione di vicinato e la previsione risponde, senza dubbio alcuno, ad esigenze differenti rispetto a quelle dettate dall'art. 873.

Si è già detto che, in caso di alienazione o divisione di una costruzione, o di parte di questa, non potrà originarsi una servitù per destinazione del padre di famiglia. Analogamente, si dovrà ritenere, quando a quella servitù si volesse dar origine volontariamente, proprio perché il contratto non potrebbe rendere lecito quanto era stato eseguito illecitamente. Neppure sembra di poter ammettere che la servitù possa trarre origine nel possesso di una delle costruzioni, edificate a distanze inferiore da quanto stabilito in capo a un soggetto differente da quello che le aveva costruite entrambe. Al contrario di quanto ritiene la cassazione, la protezione dell'interesse pubblico, infatti, non può ritenersi sopraffatta dall'esigenza di stabilità dei rapporti giuridici.

Né a ragionare, come si è provato a fare in questa sede, si può ritenere compromesso l'interesse pubblico, sia che questo si voglia individuare nello stesso articolo 873, sia che si voglia ricercare in quelle norme subprimarie che lo integrano. Non è infatti compito precipuo del diritto civile – e quindi neppure del giudice civile – quello di darvi protezione: istituzionalmente simile funzione spetta, infatti, alla pubblica amministrazione.

Il punto nodale dell'intera questione riposava e continua a riposare sull'art. 872. La violazione della disciplina sulle distanze comporta infatti

quelle «conseguenze di carattere amministrativo», che nessun contratto (anche quando dia origine a una servitù prediale) può impedire.

La stessa disposizione chiarisce come la violazione di quelle stesse conseguenze può consentire a chi ne sia stato danneggiato – e ovviamente possa darne la prova (ad esempio, mostrando la diminuzione di valore della costruzione di sua proprietà) – di conseguire il risarcimento del danno. Si tratta di un'azione soggetta al periodo lustrale di prescrizione, salvo che il fatto sia considerato dalla legge come reato e per questo sia stabilito un periodo di prescrizione più lungo (v. art. 2947, 3° comma).

Dal canto suo, il codice civile del 1942 ha consentito al giudice, al quale sia stata (tempestivamente) formulata apposita domanda, di condannare il danneggiante alla reintegrazione in forma specifica. Questa è però consentita solamente quando essa sia in tutto o in parte possibile e sempre che non risulti eccessivamente onerosa.

Viene a questo punto da domandarsi se, di fronte alla violazione di una norma edilizia di carattere amministrativo, il giudice possa pertanto condannare alla riduzione in pristino, basandosi proprio sull'art. 2058 c.c. Premesso che l'abbattimento di una costruzione potrà assai spesso risultare eccessivamente onerosa, si deve ritenere che essa neppure sia possibile. Ciò dipende dal fatto che, a voler opinare diversamente, in qualche modo si eluderebbe il divieto di riduzione in pristino, imposto al giudice civile dal legislatore, dall'art. 872. Quel divieto si spiega proprio perché si vuole negare alle regole di rilievo puramente gius pubblicistico di interferire sulla consistenza e sulla portata del diritto di proprietà³⁸.

La protezione degli interessi pubblici, spesso tutt'altro che nitidamente individuabili nella disciplina delle distanze, compete quindi esclusivamente al diritto pubblico. Non si comprende la ragione per la quale, quella tutela dovrebbe trovarsi condivisa con quella del giudice civile, che vi può provvedere solamente se alcuno glielo domandi (e sempre che non si sia perfezionato il periodo stabilito per l'usucapione).

³⁸ Alcuni remoti (e a quanto risulta unici) precedenti sembrano opinare nello stesso senso: Cass., 18 gennaio 1982, n. 307; Cass. pen., III, 20 maggio 1980; Cass. pen., 1982, 359, s.m., ove si esclude che il giudice possa ordinare la riduzione in pristino, anche quando la violazione costituisca reato, in quanto in tal guisa si interferisce con le determinazioni eventualmente assunte dall'autorità amministrativa.

Il *decisum* di Cass., 16 gennaio 1992, n. 455, in *Riv. giur. amb.*, 1993, p. 271 ss., dipende, da un lato, dalla gravità della situazione concreta, (costruzione di un fabbricato in un parco nazionale: quello d'Abruzzo), dall'altro, soprattutto dal fatto che non si trattava di applicare l'art. 872, quanto di tutelare il parco nei confronti di una lesione, sostanzialmente riconducibile a un'occupazione *sine titulo*, e non alla semplice violazione di una norma amministrativa; sul tema del risarcimento in forma specifica, per tutti, v. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Id.* (dir. da), Milano, 2004, p. 217 ss.

Una volta che si riconosca la validità del contratto stipulato tra vicini, con il quale uno consenta che l'altro costruisca a distanza inferiore da quella stabilita dalle norme subprimarie, semplicemente si nega, a quanti risultino vincolati dalla servitù, di accedere alla protezione risarcitoria e a quella ripristinatoria, stabilita all'art. 872, ma resta ben saldo il potere dell'amministrazione di assicurare il rispetto delle disposizioni che essa stessa ha emanato (sia quando le venga richiesto di autorizzare l'edificazione³⁹, sia quando essa intenda reagire all'edificazione già eseguita in violazione delle regole da essa stessa emanate). Crediamo che, per l'interprete, sia sempre assai opportuno tenere ben distinti i differenti settori nei quali l'ordinamento si articola (cercando com'è ovvio di non tralasciarne alcuno), evitando, per quanto possibile, sovrapposizioni o intersezioni. Ciascuno di essi ha infatti una sua tavola assiologica, persegue sue finalità specifiche, ha metodologie proprie e propri apparati remediali.

³⁹ Presso il giudice amministrativo sono tuttora rinvenibili due orientamenti quanto agli effetti della regolamentazione privata dell'*jus aedificandi* dei confinanti (sul rilascio del permesso di costruire e a corollario della clausola di salvezza dei diritti di terzi v. art. 11, ultimo comma, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, ove trovasi cristallizzata una prassi amministrativa e giurisprudenziale assolutamente pacifica, che aveva ricevuto un primo riconoscimento legale nell'art. 2, comma 37, lett. c), l. n. 662 del 1996).

Per un primo orientamento, quegli accordi sono privi di rilevanza sul presupposto che all'amministrazione sia inibito qualsiasi sindacato anche indiretto sulla validità ed efficacia dei rapporti giuridici dei privati (cfr. Cons. Stato, V, 20 dicembre 1993); secondo altra impostazione, si ammette che il comune verifichi il rispetto dei limiti privatistici, purché siano immediatamente conoscibili, effettivamente e legittimamente conosciuti nonché del tutto incontestati, di guisa che il controllo si traduca in una semplice presa d'atto (cfr. Cons. Stato, IV, 22 giugno 2000, n. 3525).